

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna  
in cotutela con Università di Oviedo

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 34

**Settore Concorsuale:** 12/A1 – Diritto Privato

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/01 – Diritto Privato

NULIDAD PARCIAL EN LOS  
CONTRATOS

**Presentata da:** Borja del Campo Álvarez

**Coordinatore Dottorato**

Renzo Orlandi

**Supervisore**

Enrico Al Mureden

**Supervisore**

Ramón Durán Rivacoba

**Esame finale anno 2021**

## ÍNDICE

<b>Índice de abreviaturas</b> .....	<b>5</b>
<b>Introduzione</b> .....	<b>7</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>11</b>
<b>Capítulo I. Consideraciones generales sobre la validez y la eficacia del contrato en el ordenamiento jurídico español</b> .....	<b>15</b>
<b>Capítulo II. La nulidad parcial del contrato en el Derecho Civil español</b> .....	<b>35</b>
<b>2.1. Marco jurídico y aclaraciones terminológicas</b> .....	<b>35</b>
2.1.1. <i>El principio de conservación del negocio jurídico. La concepción unitaria del contrato</i> .....	35
2.1.2. <i>El contrato como presupuesto para la nulidad parcial. Casos excluidos</i> ....	45
2.1.3. <i>La ausencia de regulación de la nulidad parcial en el ordenamiento jurídico español. La influencia del Derecho Comparado</i> .....	50
2.1.4. <i>La noción de nulidad parcial contractual</i> .....	56
2.1.5. <i>Las denominadas clases de la nulidad parcial</i> .....	61
<b>2.2. El fundamento de la nulidad parcial</b> .....	<b>63</b>
2.2.1. <i>La nulidad parcial del contrato derivada del cumplimiento de una norma imperativa</i> .....	64
2.2.2. <i>La nulidad parcial del contrato y las reglas de interpretación contractual. Reflexiones en torno a la nulidad parcial por fraude de ley</i> .....	65
<b>2.3. La determinación del contenido del contrato e identificación de la parte nula</b> .....	<b>68</b>
2.3.1. <i>Notas distintivas entre el contenido autónomo y heterónimo</i> .....	68
2.3.2. <i>El sistema de fuentes de la reglamentación contractual como canon identificativo</i> .....	70
2.3.3. <i>La conexión entre la nulidad parcial y la reglamentación contractual</i> .....	74
<b>2.4. El parámetro de parcialidad y su alcance en la nulidad contractual</b> .....	<b>79</b>
<b>Capítulo III. Consecuencias jurídicas de la nulidad parcial</b> .....	<b>90</b>

<b>3.1. Nulidad parcial y nulidad total.....</b>	<b>90</b>
3.1.1. <i>Normas generales sobre la nulidad total .....</i>	90
3.1.2. <i>Normas específicas sobre la nulidad total y la nulidad parcial.....</i>	92
3.1.2.a. <i>Las normas sobre nulidad parcial con finalidad eliminadora.....</i>	94
3.1.2.b. <i>Normas imperativas sobre nulidad parcial con función moduladora... 99</i>	
3.1.2.c. <i>Normas imperativas sobre nulidad parcial con función sustitutoria .. 102</i>	
<b>3.2. La responsabilidad precontractual derivada de la nulidad parcial del contrato .....</b>	<b>108</b>
<b>3.3. La nulidad parcial y la integración del contrato .....</b>	<b>123</b>
3.3.1. <i>Encaje en el artículo 1.258 del Código Civil .....</i>	123
3.3.2. <i>La integración de las cláusulas abusivas .....</i>	126
<b>Capítulo IV. Estudio jurisprudencial sobre la nulidad parcial del contrato .....</b>	<b>131</b>
<b>4.1. La postura del Tribunal Supremo español.....</b>	<b>131</b>
4.1.1. <i>El criterio de admisibilidad. Concepto y fundamento.....</i>	131
4.1.2. <i>El sobreprecio de las viviendas de protección oficial (VPO) .....</i>	141
4.1.3. <i>Otros casos de interés sobre la nulidad parcial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Especial referencia a las cláusulas de revisión de rentas.....</i>	148
<b>4.2. Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) .....</b>	<b>152</b>
4.2.1. <i>Supuestos más relevantes. El caso de las cláusulas de vencimiento anticipado .....</i>	152
4.2.2. <i>Los razonamientos del Tribunal de Justicia: la doctrina blue pencil y la nulidad parcial .....</i>	158
<b>Capítulo V. La nulidad parcial del contrato en el Derecho del Consumo español</b>	<b>172</b>
<b>5.1. Las normas sectoriales de la nulidad parcial en el Derecho del Consumo español .....</b>	<b>172</b>
5.1.1. <i>La nulidad parcial contractual en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).....</i>	175
5.1.2. <i>Las condiciones generales de la contratación y la nulidad parcial.....</i>	181

5.1.3. Aspectos comunes de las reglas de Derecho del Consumo sobre la nulidad parcial contractual .....	205
<b>5.2. Instrumentos de <i>soft law</i> europeos aplicables para la nulidad parcial. Una propuesta de <i>lege ferenda</i> .....</b>	<b>214</b>
<b>Conclusioni .....</b>	<b>240</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>247</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>254</b>

## Índice de abreviaturas

- ACQP:** Acquis Principles
- AP:** Audiencia Provincial
- Art:** Artículo
- BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch
- CC:** Código Civil
- CESCO:** Centro de Estudios de Consumo
- Cfr.:** Confróntese
- CGPJ:** Consejo General del Poder Judicial
- CNUDMI:** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- Coord.:** Coordinador
- CUNEF:** Colegio Universitario de Estudios Financieros
- DCFR:** Draft Common Frame of Reference
- IAJD:** Impuesto de Actos Jurídicos Documentados
- LAU:** Ley de Arrendamientos Urbanos
- LCCC:** Ley de Contratos de Créditos al Consumo
- LCCI:** Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario
- LCCPCHySI:** Ley de Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación
- LCGC:** Ley de Condiciones Generales de la Contratación
- LCS:** Ley de Contrato de Seguro
- LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- LGP:** Ley General de Publicidad
- LMLMOC:** Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales
- MCR:** Marco Común de Referencia
- Nº/núm.:** Número
- Op. cit.:** Opere citato
- P./pp.:** Página/páginas
- PECL:** Principles of European Contract Law
- REEI:** Revista Electrónica de Estudios Internacionales
- RIDROM:** Revista Internacional de Derecho Romano
- SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- TC:** Tribunal Constitucional
- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TRLGDCU:** Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
- TS:** Tribunal Supremo

**UNCITRAL:** United Nations Commission for the Unification of International Trade Law

**UNIDROIT:** Institut International pour l'Unification du Droit Privé

**Vid.:** Véase

**Vol.:** Volumen

**VPO:** Viviendas de Protección Oficial

## Introduzione

La presente tesi dottorale ha per oggetto la nullità parziale del contratto. Si tratta di una tesi di Diritto Civile, segnatamente di teoria generale del contratto. L'istituto giuridico analizzato ha invero importanti connessioni con altri ambiti civilistici, per esempio la protezione giuridica del consumatore.

Il concetto di nullità parziale del contratto si riferisce a quelle ipotesi in cui il contratto - nonostante la presenza di clausole nulle - mantiene la propria validità, efficacia e vigenza. Il presente lavoro consiste in una analisi normativa, dottrinale e giurisprudenziale della nullità parziale del contratto.

Principalmente, si intende realizzare uno studio dettagliato della nullità parziale del contratto nell'ordinamento giuridico spagnolo attraverso l'esame delle sue origini, attuali basi normative e applicabilità pratica; ciò al fine di delimitare adeguatamente l'istituto giuridico e di conoscerne la portata.

Per fare ciò, riteniamo sia necessario effettuare uno studio previo delle categorie giuridiche della validità ed efficacia, del concetto definitorio di nullità parziale del contratto, nonché delle finalità e conseguenze dell'istituto. Questa tesi dottorale realizza altresì un'analisi delle diverse teorie dottrinali nazionali ed internazionali, e presta una particolare attenzione alla normativa e giurisprudenza italiana sulla nullità parziale del contratto.

Necessariamente si analizza la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* sul tema; con particolare riguardo alla definizione, casistica di ammissibilità, nonché alla funzione riconosciutagli dall'ordinamento giuridico spagnolo. Al fine di dare un panorama completo sullo stato della questione si analizzano le sentenze della Corte di Giustizia Europea in materia di clausole abusive, nonché la *blue pencil rule*, direttamente connessa con la nullità parziale del contratto.

Dopo aver evidenziato la stretta relazione esistente tra il diritto del consumo e la nullità parziale del contratto, la nostra ricerca si chiude con una proposta *de lege ferenda*, che, ispirandosi alla normativa italiana e senza dimenticare le posizioni giurisprudenziali, offre una regola generale per la nullità parziale del contratto.

Si tratta di un tema di gran interesse per il civilista, la nullità parziale ha relazioni dirette con la teoria generale del contratto e le categorie generali della validità e della efficacia. Si tratta di un tema civilista “classico”, che come tale permane ampiamente attuale ponendo interrogativi sempre nuovi.

È inoltre certa la relazione esistente tra la nullità parziale del contratto e la problematica delle clausole abusive; ciò ha recentemente generato un grande dibattito dottrinale e giurisprudenziale, anche al di fuori dei confini nazionali. In ragione di ciò, consideriamo che il presente lavoro possa essere utile, poiché propone soluzioni pratiche a problemi reali di interesse comune, tralasciando teorizzazioni vuote di proposito.

Va precisato che la nullità parziale in Spagna non è stata oggetto di approfonditi studi civilistici. Questa circostanza complica e stimola il nostro lavoro. Riteniamo invero che nemmeno la giurisprudenza spagnola abbia analizzato la nullità parziale con la dovuta profondità.

Ciò non succede nella dottrina e nella giurisprudenza straniera; ordinamenti giuridici come quello italiano, offrono importanti studi accademici e molteplici sentenze sul tema oggetto di analisi. La stessa cosa succede nell'ambito europeo, esistendo al riguardo una ampia casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea.

Tutti questi elementi costituiscono senza dubbio un invito a uno studio approfondito e minuzioso della nullità contrattuale parziale. È senza dubbio un tema che merita essere analizzato attraverso lo studio delle linee di pensiero dottrinali e giurisprudenziali più recenti ed importanti.

La fase preparatoria di questo lavoro è stata dedicata fundamentalmente alla ricerca, studio ed analisi della giurisprudenza, opere monografiche, articoli di riviste giuridiche e opere di riferimento generale al fine di delimitare correttamente l'oggetto della tesi dottorale; cercando di mettere in luce preliminarmente gli aspetti più controversi.

Posteriormente si è cercato di realizzare un'analisi critico della nullità parziale. A tal fine, non solo abbiamo offerto una panoramica completa delle teorie dottrinali e della giurisprudenza, ma abbiamo altresì fornito la nostra ragionata opinione personale sugli aspetti controversi della nullità parziale.

Abbiamo studiato la nullità parziale da un punto di vista generale – per esempio attraverso la definizione di nullità - e da un punto di vista pratico e specifico - per esempio attraverso la problematica delle clausole abusive- ; tutto ciò con il fine di realizzare un' analisi più completa e trasversale possibile.

Durante lo studio sono apparsi diversi quesiti a cui abbiamo cercato di dare risposte teorico-pratiche, appoggiandoci sugli argomenti estratti dallo studio della normativa, la dottrina e la giurisprudenza esistente sulla nullità parziale.

Nel primo capitolo, a titolo di introduzione, abbiamo realizzato delle considerazioni generali sulla validità ed efficacia del negozio giuridico. Dopo aver analizzato le citate categorie giuridiche ai sensi dell'ordinamento giuridico spagnolo, ci siamo occupati di analizzare più specificamente la categoria giuridica della nullità.

Nel capitolo secondo, siamo entrati nel merito del presente lavoro. Ci siamo infatti occupati di realizzare uno studio completo del fenomeno della nullità contrattuale parziale secondo l'ordinamento giuridico spagnolo, abbiamo inquadrato il tema principale e precisata la terminologia. In definitiva abbiamo tracciato il perimetro di questa tesi dottorale.

Posteriormente abbiamo studiato il contenuto del contratto, passo indispensabile per la corretta identificazione della parte nulla. Per fare ciò la nostra attenzione è stata rivolta al sistema delle fonti normative applicabili al contratto e al loro collegamento con la nullità parziale, formulando osservazioni sul parametro della parzialità.

Nel terzo capitolo della tesi abbiamo esaminato le conseguenze giuridiche della nullità contrattuale parziale, poi la responsabilità precontrattuale e l'integrazione contrattuale, con un succinto analisi della integrazione contrattuale nel caso di clausole abusive. Di seguito si è analizzata la differenza esistente tra la nullità parziale e la nullità totale, realizzando una rassegna della normativa rilevante.

Nel quarto capitolo abbiamo presentato una rassegna della giurisprudenza più rappresentativa in tema di nullità parziale del contratto, segnatamente la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* relativa alla ammissibilità, definizione e portata della nullità parziale del contratto, con una analisi finale di casi specifici tratti dalla giurisprudenza spagnola.

A continuazione abbiamo trattato i criteri giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di nullità parziale. Concretamente la celebre ed fondamentale sentenza del 26 marzo 2019 con la quale la corte enuncia la *Blue pencil rule*.

Nell'ultimo capitolo, il quinto, ci siamo avvicinati alla nullità parziale del contratto dal punto vista del diritto del consumatore. In tal modo ci siamo occupati di studiare il collegamento tra la nullità parziale e le principali norme di protezione del consumatore. Infine, compiendo uno degli obiettivi della presente ricerca, dopo uno studio completo degli strumenti di *soft law* e di diritto europeo in materia, abbiamo formulato una proposta de *lege ferenda* con il fine di integrare nell'ordinamento giuridico spagnolo una norma generale che disciplini espressamente la nullità parziale.

## Introducción

El tema principal de la presente tesis doctoral es el análisis de la categoría de la nulidad parcial contractual. Se enmarca, por tanto, en el Derecho Civil y, más concretamente, en la teoría general del contrato. Aunque, por razones intrínsecas a este fenómeno, también existen conexiones con otros sectores del Derecho Privado, como la protección jurídica de los consumidores.

La categoría de la nulidad parcial contractual hace referencia a aquella circunstancia en la que un contrato mantiene su validez, eficacia y vigencia a pesar de la existencia de cláusulas que adolecen de nulidad. Así, la tesis tiene como propósito principal su análisis integral desde una perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial.

El objetivo primordial es, consecuentemente, hacer un estudio pormenorizado de la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español a través del examen de su origen, su fundamento y su aplicabilidad práctica, con la finalidad de delimitar adecuadamente su concepto y conocer su verdadero alcance.

Para ello, se requiere la realización de un detallado estudio aclaratorio sobre las categorías de validez y eficacia, la correcta conceptualización de la nulidad parcial del contrato en cuanto tal, así como su fundamento, finalidades y consecuencias. La tesis doctoral se completa con un repaso de las diferentes teorías doctrinales nacionales e internacionales sobre la nulidad parcial contractual, con especiales referencias a autores italianos con motivo del marcado origen e influencias de la normativa y jurisprudencia italiana sobre esta categoría.

Asimismo, se hace un recorrido por la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del concepto, admisibilidad y alcance de la nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico español. Con el fin de enriquecer el estudio de la cuestión se analizan los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre cláusulas abusivas y la doctrina *blue pencil*, directamente relacionada con la nulidad parcial.

Tras el análisis de la conexión entre el Derecho del Consumo y la nulidad parcial contractual, la labor investigadora concluye con una propuesta *lege ferenda* que, bajo la inspiración de normas como la italiana y teniendo muy presentes los criterios jurisprudenciales, tiene como fin integrar en el ordenamiento jurídico español una regla general sobre la nulidad parcial contractual.

La nulidad parcial del contrato es un tema muy interesante para el Derecho Civil, ya que entronca con la teoría general del contrato y las clásicas discusiones doctrinales acerca de las categorías de validez y eficacia. Cuestiones todas ellas que pueden adolecer, a priori, de cierto clasicismo pero que, de una forma u otra, plantean en la actualidad interrogantes y que aún no han sido resueltas de forma satisfactoria.

Es, además, innegable la conexión que existe entre la nulidad parcial de los contratos y la problemática de las cláusulas abusivas, algo que ha generado gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, nacional e internacional, más reciente. Ello justifica, en buena medida, el presente estudio en el sentido de que las conclusiones alcanzadas tratan de ser útiles desde una perspectiva práctica, más allá de una mera teorización sin aplicabilidad alguna.

Cabe destacar que la categoría de la nulidad parcial contractual no ha sido muy estudiada por la doctrina civilista española. Esta circunstancia aporta tanto complejidad como atractivo. Por su parte, la jurisprudencia nacional tampoco la ha abordado nunca con especial detalle.

No sucede así, sin embargo, con la doctrina y la jurisprudencia extranjera. En otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el italiano, pueden encontrarse abundantes estudios académicos y pronunciamientos al respecto. Igual ocurre en el ámbito europeo, en el que existe una profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Todos estos factores invitan, por tanto, a que la nulidad parcial del contrato sea estudiada con detenimiento y profundidad. Es un tema que merece ser analizada con el debido examen de los principales razonamientos doctrinales y de las resoluciones judiciales más novedosas y trascendentales habidas hasta la fecha.

La fase preparatoria del trabajo ha estado dedicada, fundamentalmente, a la búsqueda, cotejo y consulta de jurisprudencia, monografías, artículos de revista y obras generales a efectos de delimitar correctamente el objeto de estudio. Asimismo, se ha tratado de conocer, en una primera aproximación, los aspectos más controvertidos relacionados con el tema de fondo.

Posteriormente, se ha intentado realizar un análisis crítico de la nulidad parcial. Además, no sólo se ha hecho una panorámica de las teorías doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, sino que también he procurado aportar mi visión personal sobre la mayoría de los interrogantes planteados.

Por otra parte, se ha realizado una labor de estudio tanto del tema en sus aspectos más generales –véase, entre otros, lo relativo a la conceptualización de la nulidad parcial– como más particulares y específicos –sirva como ejemplo el examen de la problemática de las cláusulas abusivas–, con el fin de elaborar un análisis lo más completo y transversal posible.

Así, a lo largo de la presente tesis doctoral, se han ido planteando diferentes interrogantes que, en la medida de lo posible, han sido respondidos desde un enfoque teórico-práctico con apoyo en argumentaciones obtenidas del estudio de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia existente sobre la nulidad parcial del contrato.

De forma más detallada, en el capítulo primero de la tesis, con un perfil quizás más introductorio, se realizan unas consideraciones generales sobre la validez y la eficacia negocial. Concretamente, se muestra una visión panorámica sobre las categorías de validez y eficacia en el ordenamiento jurídico español y se analiza también, más específicamente, la categoría de nulidad.

El capítulo segundo de la presente tesis doctoral integra el grueso de la tesis. A lo largo de este apartado del trabajo, se realiza un estudio integral del fenómeno de la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español. Se hace referencia al marco jurídico del tema principal y se señalan una serie de precisiones terminológicas. Resulta necesario hacerlas como un primer ejercicio de demarcación del propio objeto de la tesis doctoral.

Posteriormente, se estudia la determinación del contenido del contrato como presupuesto indispensable para la correcta identificación de la parte nula. Ello implica el estudio del sistema de fuentes normativas de la reglamentación contractual y su conexión con la nulidad parcial contractual y varias consideraciones sobre el parámetro de parcialidad.

En el tercer capítulo de la tesis se examinan las consecuencias jurídicas de la nulidad parcial contractual. Se estudia la responsabilidad precontractual derivada de estos supuestos y la integración del contrato, con una breve referencia a la integración de cláusulas abusivas. Se hace, a su vez, una contraposición entre la nulidad parcial y la nulidad total, haciendo un recorrido por la tipología de normas aplicables para su distinción y las diferencias existentes entre ellas.

En el cuarto capítulo se recopila la jurisprudencia más significativa sobre nulidad parcial contractual. Por un lado, se analizan los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes del Tribunal Supremo español respecto a su admisibilidad, concepto y fundamento, así como algunos supuestos más específicos enjuiciados por los jueces y tribunales españoles.

De otro, se estudia también los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la nulidad parcial. En especial, se estudia la célebre y trascendental sentencia de 26 de marzo de 2019, en la que el tribunal europeo establece una serie de interesantes razonamientos sobre la doctrina *blue pencil* y su relación con la nulidad parcial contractual.

En el último capítulo, el capítulo quinto, se aborda la nulidad parcial del contrato en el Derecho del Consumo. De tal forma y manera que se estudia la conexión entre la nulidad parcial y las principales reglas de protección al consumidor. Finalmente, intentando satisfacer uno de los objetivos de la investigación, se hace una propuesta de *lege ferenda* tras un estudio panorámico de los instrumentos de *soft law* y europeos aplicables a la nulidad parcial contractual. En definitiva, se trata de una propuesta que permita integrar en el ordenamiento jurídico español una regla general, por ahora inexistente, sobre la nulidad parcial.

## CAPÍTULO I

### Consideraciones generales sobre la validez y la eficacia del contrato en el ordenamiento jurídico español

El análisis de la categoría de la nulidad parcial en el ámbito contractual obliga a hacer alguna consideración sobre los conceptos de validez y eficacia en el ordenamiento jurídico español, no siempre claramente delimitados y cuyo estudio ha suscitado intensos debates en la doctrina y la jurisprudencia<sup>1</sup>.

Cabe señalar de antemano que se trata de un tema sumamente conflictivo y, hasta cierto punto, poco pacífico y muy proclive a la confusión<sup>2</sup>. No se trata, en consecuencia, de realizar en esta primera aproximación un prolijo y pormenorizado estudio de estas cuestiones. Estas líneas iniciales constituyen un propedéutico análisis a efectos de encuadrar el objeto de la presente tesis doctoral.

No existe en el seno de la doctrina civilista española consenso acerca de la necesidad de establecer una categorización respecto de los conceptos jurídicos de validez y eficacia

---

<sup>1</sup>A este respecto, resulta muy elocuente el razonamiento de la STS de 18 de diciembre de 1981, en el que se enjuicia la validez de un negocio matrimonial, que señala que “(...) la invalidez tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley, con la distinción de los actos inválidos en inexistentes, en los de pleno derecho y anulables, con la característica de inexistencia a los que están faltos de un órgano constitutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho a los que, dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad los que han sido concluidos bajo el imperio de uno de los vicios del consentimiento, tomados en consideración por la ley”. Cfr. STS de 18 de diciembre de 1981.

<sup>2</sup>En este sentido, CASTÁN afirma que “(...) la nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los conceptos más confusos del Derecho civil. Los Códigos, y aun los mismos autores han usado con una gran imprecisión los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc.” Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Reus, Madrid, 1987, pp. 931-932.

Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO señala que “la doctrina no ha llegado a un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente rotulación. En buena parte, ello resulta de la carencia de una exacta terminología legal y de la polivalencia semántica de las voces empleadas. Así, por ejemplo, la distinción usual entre invalidez e ineficacia se ha criticado, en base de que el no valer y el no tener efectos viene a ser prácticamente lo mismo (...)”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 462.

En el mismo sentido, cfr. Díez PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil (Doctrina general del contrato)*, tomo II, vol. 1, Bosch, Barcelona, pp. 279 y ss.

negocial<sup>3</sup>. Conviene, sin embargo, hacer una panorámica sobre las diferentes visiones doctrinales.

Como primera idea a este respecto cabe indicar que un sector doctrinal considera que la eficacia es una categoría general que podría englobar otros supuestos, incluidos los relativos a la validez<sup>4</sup>. Defienden, en todo caso, una conceptualización que responde a un fin meramente aclaratorio o dogmático, pero sin ningún efecto o consecuencia real en la práctica<sup>5</sup>.

En cambio, otro grupo de autores defiende que la diferenciación entre las categorías de validez y eficacia presenta un elevado grado de esterilidad y pone en entredicho su aplicabilidad<sup>6</sup>. Así, se llega a considerar que la distinción entre los citados conceptos tiene

---

<sup>3</sup>Como muy bien recoge RAMÓN FERNÁNDEZ “la doctrina ha insistido reiteradamente en la necesidad de diferenciar la ineficacia y la invalidez de precisar su definición. Según este sector se hace referencia a la ineficacia como categoría general, en el sentido de incluir los supuestos de invalidez, en referencia la falta de validez contractual en que se han producido irregularidades o anomalías en la estructura del contrato (...)”. Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español” en *Revista chilena de Derecho Privado*, nº 19, p. 65.

Sobre esta cuestión también cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 398 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA J. “Comentario al artículo 1.300 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: artículos 1281 a 1314 del Código Civil*, tomo XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1981, pp. 231 y ss.

<sup>4</sup>“La doctrina ha insistido reiteradamente en la necesidad de diferenciar la ineficacia y la invalidez y de precisar su definición. Según este sector, se hace referencia a la ineficacia como categoría general, en el sentido de incluir los supuestos de invalidez, en referencia a la falta de validez contractual, en que se han producido irregularidades o anomalías en la estructura del contrato. En el caso de la ineficacia, la doctrina ha considerado que es un término de carácter clasificatorio e ilustrativo, pero del que no se derivan efectos jurídicos determinados”. Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español”, op. cit., p. 65.

<sup>5</sup>Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 323.

En la doctrina italiana, cfr. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico* (trad. Antonio Martínez Pérez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 348; SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales de Derecho Civil* (trad. Antonio Luna Serrano), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 300 y ss.

<sup>6</sup>“(…) También se ha pronunciado algún sector doctrinal en que la apreciación de ambas categorías resulta innecesaria. Se considera por dicha parte que la invalidez sólo es un concepto teórico, y que en el ámbito de las relaciones contractuales nos encontramos con la ineficacia, que significa que el contrato no ha producido los efectos previstos de la distinción entre ambos conceptos, hace inoperativa la distinción. Cfr. Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español”, op. cit., p. 66.

una operatividad limitada desde la perspectiva eminentemente práctica y su importancia es, por consiguiente, relativa<sup>7</sup>.

Una *via di mezzo* es aquella corriente que no establece una contraposición entre ambos conceptos, sino que entiende, con buen criterio, que el campo de actuación de las categorías de validez y eficacia se materializan sobre planos diferentes, pero, en absoluto, incompatibles<sup>8</sup>.

Esta teoría no ha quedado exenta de voces críticas que consideran que no presenta visos de utilidad y que, en cierta medida, la terminología utilizada por los autores que la defienden adolece de arbitrariedad. Estas circunstancias llevan, dicho *grosso modo* y conforme a estos planteamientos alternativos, a concluir que el razonamiento sobre la distinción entre validez y eficacia no responde adecuadamente a la realidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

Algún que otro autor, sin embargo, considera que, efectivamente, la distinción entre validez y eficacia resulta operativa y necesaria. Son planos, como se defiende, conceptualmente diferentes que, en numerosas ocasiones, pueden llegar a coincidir o

---

<sup>7</sup>Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico” en *Anuario de Derecho Civil*, volumen XIV, fascículo IV, 1961, p. 824; MORENO MOCHOLÍ, M. “Las ‘irregularidades’ en el negocio jurídico” en *Revista de Derecho Privado*, nº 346, enero, pp. 26 y ss.

<sup>8</sup>Cfr. MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. “Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, anulabilidad y rescisión” en *Actualidad civil*, nº 38, octubre, pp. 2621 y ss.

<sup>9</sup>DÍEZ-PICAZO se muestra bastante alejado de estas hipótesis. Así, afirma que “en la doctrina moderna ha encontrado una extensa acogida la postura que distingue por una parte la invalidez del contrato y por otra parte la ineficacia en sentido estricto. Inválido es, se dice, un contrato o un negocio jurídico en el cual alguno de los elementos esenciales falta o se encuentra viciado o un contrato que carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece (...). Se llama ineficaz en sentido estricto a un contrato están en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero en el cual impide la eficacia una circunstancia extrínseca a él o normalmente sobrevenida (...). La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece útil. Por un lado, la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de la invalidez y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones (...). Si se produce o se frustra una condición establecida por las partes, puede decirse también que ello ocurre precisamente como un efecto del propio contrato, en la medida en que tal hipótesis se encontraba contemplada en él”. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 431.

superponerse. Así, se mantiene la tesis de que pueden existir negocios jurídicos válidos y a su vez ineficaces, pero no en su formulación inversa<sup>10</sup>.

No obstante, pueden encontrarse también otros razonamientos doctrinales que giran en torno a esta misma idea, aunque con el matiz de que también pueden existir negocios nulos que desplieguen efectos<sup>11</sup>. Como se puede observar, hay casi tantas teorías como autores, lo que da buena muestra del estado actual de la cuestión y de lo dificultosa que resulta la labor clarificadora de los conceptos jurídicos de validez y eficacia<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup>DELGADO ECHEVARRÍA que, ha trabajado de forma minuciosa toda la problemática contractual a este respecto, considera que a su juicio “todo contrato inválido es ineficaz o presenta anomalías en su eficacia, pero la proposición inversa no es correcta. No hay contratos inválidos plenamente eficaces, pero si hay contratos ineficaces plenamente válidos. Invalidez e ineficacia operan en distintos en planos distintos, y aunque puedan en un mismo supuesto, no siempre es así; por ello, es importante esa distinción conceptual, aun advirtiendo que no es aceptada por todos los autores, quienes por lo demás, dan a veces sentidos muy diferentes a estos términos. Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. Manuel Albaladejo), vol. 2, Edersa, Madrid, 1981, p. 32.

<sup>11</sup>Como muy bien resume LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, sobre las tesis de LACRUZ BERDEJO, “(...) considera que la invalidez no es la falta de eficacia, sino la deficiencia de los elementos constructivos del acto o del contrato. Por su parte, la ineficacia (ausencia de efecto) puede obedecer a múltiples causas, distintas de la quiebra de tales elementos constitutivos: aun teniéndolos todos, hay actos plenamente válidos que no desarrollan los efectos últimos perseguidos por ellos a causa de una circunstancia externa. La distinción entre invalidez e ineficacia se funda en una diferencia muy real entre ‘no producir efectos’ y ‘no valer como negocio’; se trata de dos enfoques distintos que muchas veces coinciden (negocio inválido que no produce efectos y viceversa) pero que pueden no coincidir: ciertos negocios válidos no producen su efecto principal (son “ineficaces”), mientras que algunos negocios irregular [sic] si lo producen en alguna medida, incluso cuando según la doctrina corriente pertenecen al grupo de los profundamente inválidos: los “nulos”. Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 26; LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1990, p. 285.

<sup>12</sup>A este respecto, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA apunta que “la teoría de la invalidez del negocio jurídico, al modo en que hoy la entendemos, ha sido elaborada en época relativamente reciente por su doctrina tomando como punto de referencia el contrato. Por eso, cuando se trata de la nulidad de otros negocios jurídicos, como el testamento o el matrimonio, no pueden aplicarse, exactamente, ni las categorías ni los efectos diseñados para el supuesto general o, si prefiere, paradigmático: la nulidad contractual (...)”. Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La nulidad*, op cit., p. 23.

Por su parte, GORDILLO CAÑAS recoge que la sistematización de estas categorías jurídicas se ha materializado “superando un sinfín de dificultades, atendiendo a las exigencias de la realidad, y rebuscando en su memoria histórica, doctrina y jurisprudencia, entre incertidumbres y dudas, han tratado de situarse desde los difuminados parámetros de una regulación legal inicialmente confusa, imprecisa y lagunosa”. Cfr. GORDILLO CAÑAS, A. “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)” en *Centenario del Código Civil*, vol. 1, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 935.

VEGA CLEMENTE apunta que “la nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los conceptos más confusos del Derecho civil. Los Códigos, y aun los mismos autores, han usado con una gran imprecisión los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc. Tampoco están de acuerdo los autores al señalar los efectos que corresponden a cada uno de los grados o clases: se discrepa de si invalidez e ineficacia son idénticas figuras, o si tienen diferente significado y efectos. Se disiente igualmente respecto a su si su grado máximo debe llamarse inexistencia, o si ésta no es una categoría jurídica. Y así hasta elaborar una lista casi interminable, ya que esta problemática nace con las primeras tentativas de elaboración del concepto del negocio jurídico dentro de la Escuela

Hay que resaltar que, dada la enorme casuística, resulta prácticamente imposible construir una teoría tan sólida que pueda recoger todos los escenarios sobre validez y eficacia negocial. Sin embargo, dentro de las diferentes visiones que la doctrina ha ido perfilando, existen algunas que, a mi juicio, se ajustan más fidedignamente a la realidad jurídica. Aportan soluciones más sólidas al entramado sobre las diferencias entre validez y eficacia.

Por tanto, es casi axiomático afirmar que estas categorías guardan una enorme relación entre sí. Sin embargo, esa innegable interrelación no debe llevarnos a la conclusión de que conforman un concepto unitario. Puede afirmarse que son figuras autónomas e independientes que, si bien pueden presentar paralelismos o cierta correlación, pertenecen a ámbitos completamente distintos.

Todo este razonamiento pivota sobre la idea de que pueden existir negocios jurídicos válidos pero ineficaces y nulos pero eficaces, como algún otro autor ha defendido<sup>13</sup>. Esta formulación que, apriorísticamente puede parecer un galimatías, es la que más y mejor resume las vicisitudes del negocio jurídico o, más concretamente, del contrato en nuestro ordenamiento jurídico.

Abrazar la teoría que distingue una ineficacia general y una ineficacia *strictu sensu* con múltiples subcategorías resulta muy interesante desde el punto de vista dogmático<sup>14</sup>. Sin

---

históricojurídica, que se conoce como la Pandectística”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. “El negocio jurídico: invalidez e ineficacia” en *Revista de estudios económicos y empresariales*, nº 20, 2008, pp. 177-234.

<sup>13</sup>Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 271-272.

<sup>14</sup>CLAVERÍA GOSÁLBEZ sintetiza esta teoría señalando que “la ineficacia en sentido amplio (...) puede deberse a motivos estructurales o intrínsecos al proceso formativo del negocio jurídico contractual o a motivos extrínsecos a ese proceso; en el primer caso se denomina ‘invalidez’ y en el segundo suele denominarse “ineficacia en sentido estricto”. La invalidez, por tanto, es una ineficacia debida a que el contrato, durante su formación y antes de su perfeccionamiento o durante éste, padece irregularidades: o las voluntades están viciadas, o su contenido es antijurídico o el modo de exteriorización del consentimiento es legalmente improcedente, etc. Por el contrario, tal como la presenta, apoyándose en la letra de nuestro Código Civil pero no sólo en ella, la doctrina tal vez dominante, la ineficacia en sentido estricto consiste en que el contrato no produzca los efectos previstos y queridos por las partes por motivos ajenos a la regularidad de su proceso formativo: el contrato nace sano, pero factores sobrevenidos (incumplimiento de una de las partes, nuevo contrato extintivo del anterior) o extrínsecos (lesión de intereses de un contratante o de un acreedor de éste) provocan la extinción de los efectos previstos (...)”. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 60-61.

embargo, una clasificación tan prolija y detallada, con tantas nomenclaturas, no hace sino generar más confusión terminológica a un tema *per se* controvertido<sup>15</sup>.

Consecuentemente, la distinción defendida en esta tesis doctoral entre validez y eficacia puede ser suficiente para dar respuesta a una problemática que existe desde hace un largo periodo de tiempo. No se trata pues de plantear *ex novo* una construcción sobre la incidencia de estas categorías en el negocio jurídico. Resulta demasiado ambicioso y excede, con creces, el objeto de la presente investigación. Se trata de un proceso de simplificación y clarificación conceptual.

La ausencia de validez de un negocio no deja de traducirse en la existencia de una patología *ab initio* derivada de la ausencia de alguno de sus elementos esenciales, del incumplimiento de alguna formalidad exigida por el ordenamiento o por la contravención de alguna norma imperativa, cuya principal consecuencia es que no se despliegan efectos jurídicos<sup>16</sup>.

Cabe hacer alguna consideración, más bien general, respecto del concepto de validez. Tiene dos vertientes conceptuales: como criterio valorativo y como sanción. Son

---

En esta misma línea, cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática” en *Anuario de Derecho Civil*, volumen LVIII, fascículo I, 2005, pp. 9 y ss.

<sup>15</sup>Como indica LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en definitiva “todos los autores coinciden al considerar que ineficacia no significa carencia total de efectos, sino que el contrato no surte los efectos correspondientes a su contenido, es decir, el contrato no surte los efectos que normalmente hubiera producido. Es probable que sus divergentes opiniones se deban, en buena medida, a distintos puntos de vista en el entendimiento de cuales son efectos correspondientes al contenido normal del contrato. Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La nulidad*, op cit., p. 23.

<sup>16</sup>“Llamamos invalidez a la negación de la fuerza jurídica vinculante de un negocio por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad. El efecto propio de todo contrato es vincular a las partes, constituirse en norma de su conducta y criterio de valoración de la misma. Podrá todavía no surtir otros efectos, no crear obligaciones actuales a cargo de nadie, por no existir aún, ni acaso nunca, los hechos que el negocio pretende regular (distintos, por lo demás, dependiendo del negocio); pero siempre, como efecto mínimo y común a todos, habrá surgido un *vinculum iuris* del que ninguno de los contratantes puede desligarse (...). Entre los autores españoles que se han ocupado de estos temas con cierta profundidad, interesa destacar que tanto DE CASTRO como DíEZ-PICAZO niegan autonomía al concepto de invalidez, disolviéndolo en el más amplio de ineficacia y distinguiendo luego unos regímenes típicos de esta última - nulidad, anulabilidad y rescisión- no aplicables a los muchos casos atípicos de ineficacia que las leyes ofrecen. El permitir salir de los rígidos moldes de la nulidad y la anulabilidad -tal como son más habitualmente configurados por nuestra doctrina y jurisprudencia-y aplicar una disciplina más flexible y adaptada a los supuestos atípicos, es acaso el más estimable resultado práctico a que tiene la teorización de los citados autores”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. “El negocio jurídico”, op. cit., p. 185-186.

disquisiciones muy etéreas, que entran en el terreno casi de la Teoría del Derecho. El análisis que, sobre este punto se pretende exponer, gira en torno a una mera panorámica doctrinal sobre esta cuestión, sin ánimo de entrar a generar un debate ajeno a la disciplina del Derecho Civil.

Como criterio valorativo, respecto de la validez debe diferenciarse el plano del ser y el del deber ser. De tal forma y manera que es posible encontrarse, por ejemplo, un contrato nulo y, por ende, ineficaz, pero que ha desplegado todos o algunos efectos desde el punto de vista fáctico.

Este resultado puede ser fruto de muy variopintas circunstancias: porque las partes han cumplido sus respectivas obligaciones, porque terceros interesados han actuado bajo una presumible validez del negocio en cuestión... Todo ello implica que los efectos en el plano del ser tienen relevancia cuando son contrarios a las previsiones contempladas por el ordenamiento y, consecuentemente, deben desaparecer.

Por tanto, la validez -o más bien, la existencia de un supuesto de invalidez- se presenta como una especie de criterio valorativo, un juicio de valor en el sentido de que niega los efectos jurídicos de las consecuencias fácticas que puedan derivarse de un contrato. Por consiguiente, sirve como medio para distinguir qué efectos son contrarios a las previsiones normativas y cuáles tienen trascendencia jurídica cuando nos encontramos ante un supuesto de invalidez<sup>17</sup>.

Múltiples son también las teorías existentes sobre la concepción de la categoría de invalidez como sanción<sup>18</sup>. A diferencia de lo que opina la doctrina más filosófica, la

---

<sup>17</sup>“Validez e invalidez no son conceptos que hagan referencia a fenómenos del mundo sensible, sino al mundo del deber ser. De hecho, un contrato absolutamente inválido ha podido cumplirse, las partes han podido realizar ciertas prestaciones, las cosas han podido cambiar de poseedor, otras personas han podido guiar su conducta en la creencia de la validez de aquel contrato. Pues bien, estos hechos interesan sólo en cuanto que, precisamente por ser contrarios al juicio negativo sobre la validez, resultan jurídicamente injustificados y habrán de deshacerse. El juicio de valor en que consiste la invalidez se orienta en un doble sentido: previamente, sobre la inadecuación del supuesto de hecho contractual respecto de las previsiones del Ordenamiento, infringiéndolas, por lo que el Ordenamiento le niega la pretendida fuerza jurídica; en segundo lugar, sobre las conductas exigidas o efectivamente producidas en relación al contrato inválido, discerniendo su trascendencia jurídica”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. “El negocio jurídico”, op. cit., p. 187.

<sup>18</sup>Una mayoría preponderante de autores de Filosofía del Derecho ha sido bastante crítica con la consideración de la categoría de invalidez como sanción y no se ha mostrado partidaria de que ambos conceptos tengan relación alguna. En esta línea, cfr. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J. “Seis acotaciones

invalidez no deja de ser una reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de una serie de previsiones legales. Así, *grosso modo*, puede afirmarse que la invalidez como sanción incluye los efectos previstos por el ordenamiento en aquellos casos en los que existe disparidad entre los presupuestos normativos y las consecuencias producidas en el plano fáctico<sup>19</sup>. El artículo 6.3 del Código Civil constituye un punto de partida clave este respecto<sup>20</sup>.

Este precepto dispone que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Es un importante respaldo normativo a la teoría que sostiene la concepción de la invalidez como sanción.

---

preliminares para una teoría de la validez jurídica” en *DOXA*, nº 26, 2003, pp.719-735; IRTI, N. “La nullità come sanzione giuridica” en *Contratto e impresa*, 2/1987, pp. 541-551; THON, A. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indangini di teoria generale del diritto* (trad. Alessandro Levi), CEDAM, Padua, 1951, pp. 21 y ss.

<sup>19</sup>Sobre esta cuestión DÍEZ-PICAZO considera que la divergencia existente entre las previsiones recogidas (tipo contractual hipotético) y las consecuencias que se producen en la realidad dan lugar a una infracción que provoca, a la postre, una reacción por parte del ordenamiento jurídico en forma de sanción limitando el despliegue de efectos. Puede observarse como utiliza el término ineficacia, en lugar de invalidez. Así, “la ineficacia del contrato es, además, una sanción. Si por sanción nosotros entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionador de la ineficacia es claro. Existe una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como ha sido previsto por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo I, op. cit., pp. 452 y ss. Señala además que “como sanción de carácter civil debe considerarse también la nulidad de los actos jurídicos realizados o ejecutados en contra de lo dispuesto en la ley. La nulidad es, en líneas generales, una ‘ineficacia’ del acto y, por consiguiente, una privación de todos los efectos que el acto estaría normalmente llamado a producir”. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 196.

Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO presenta en sus obras reflexiones muy enriquecedoras. Así, entiende que la sanción es “la reacción jurídica en caso de incumplimiento de las normas [función represiva]” y que “las normas jurídicas estatales tienen vigor real en cuanto su violación ocasiona la reacción sancionadora del ordenamiento jurídico (...). Las normas jurídicas estatales tienen vigor real en cuanto su violación ocasiona la reacción sancionadora del ordenamiento jurídico (...) En el Derecho moderno, el efecto fundamental que produce la violación de una norma es que la situación creada contra su veto queda sellada de ilegal, prohibida o repudiable”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 521 y 533.

<sup>20</sup>Cfr. CARRASCO PERERA, A. “Artículo 6” en *Comentarios al Código Civil: artículos 1 a 151* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-176.

“El punto de partida de nuestro Derecho es el artículo 6º.3 del Código civil que dispone con gran generalidad que ‘los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención’. Con lo que la sanción general de toda infracción de ley por un negocio, salvo disposición legal divergente, sería la invalidez y, además, no cualquier invalidez, sino precisamente en su forma de nulidad de pleno derecho”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. op. cit., p. 188.

En este sentido, conforme a lo recogido en el citado artículo, el ordenamiento jurídico español sanciona, de forma general, con la nulidad de pleno derecho cualquier acto contrario a normas imperativas y prohibitivas. Se trata pues de una sanción general en su grado más intenso.

Sin embargo, como algún autor ha planteado, no da una respuesta total a la problemática en torno a la conceptualización de invalidez. Obvia aquellos actos que, sin ser contrarios a una norma imperativa, no son conformes a la previsión contenida en la consabida regla<sup>21</sup>.

Además, puede deducirse que para estos casos el efecto es distinto; es decir, cabría plantearse qué sucede en aquellos supuestos en los que exista una disconformidad con la regla aplicable. El artículo 6.3º del Código Civil indica que no resulta imprescindible que la norma de aplicación recoja expresamente la invalidez lo que, en definitiva, significa que deben tenerse muy en cuentas las reglas interpretativas<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>“Pero este artículo no nos soluciona plenamente el problema, ya que conmina la nulidad de los actos contrarios a la norma, pero no los meramente no conformes a ella, y que el establecimiento de un efecto distinto para el caso de contravención no ha de ser, necesariamente expreso, sino que puede inferirse de la naturaleza y finalidad de la norma infringida. Ante la evidencia de que buen número de actos y contratos irregulares en el sentido apuntado son, sin duda, plenamente válidos, se ha hecho notar que el artículo 6º. 3 conmina de nulidad los actos contrarios a la norma, pero no los meramente no conformes a ella, y que el establecimiento de un efecto distinto para el caso de la contravención no ha de ser, necesariamente, expreso, sino que puede inferirse de la naturaleza y finalidad de la norma infringida”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. op. cit., p. 188.

Para DELGADO ECHEVARRÍA, “esta disposición legal es, para la civilística española, el centro de todos los problemas y malentendidos sobre las relaciones entre nulidad y sanción y la base que permite a algunos proclamar que ‘la nulidad es la sanción de tipo general en materia civil’. Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. op. cit., p. 103.

<sup>22</sup>“En este contexto, el artículo 6º.3 CC nos dice tan sólo -aunque ello sea de gran importancia - que no es necesario que una norma señale expresamente la invalidez de los actos a ella contrarios para que pueda apreciarse tal invalidez; pero no evita la necesaria interpretación de cada norma a fin de precisar su alcance al respecto. Podrá ocurrir que la infracción de normas que nada disponen sobre las consecuencias de su incumplimiento dé lugar a la invalidez en alguna de sus formas, o bien que el contrato sea, no obstante, válido, por inferirse así de la finalidad de la norma; mientras que el señalamiento de sanciones, etc., no necesariamente presupondrá la validez del contrato. Sería engañoso utilizar, respecto del artículo 6º.3 CC, el cómodo razonamiento según el canon de regla (invalidez) y excepción. Tampoco impide este artículo que puedan apreciarse formas de invalidez distintas de la nulidad de pleno derecho respecto de actos o contratos contrarios a las leyes que no establezcan la clase de invalidez procedente”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. op. cit., p. 189.

A efectos prácticos y de forma muy sintética, cabe reiterar que este artículo constituye, en contra del criterio de algún autor<sup>23</sup>, una especie de sanción de tipo general. Ello no excluye, de ningún modo, que puedan existir salvedades o situaciones más específicas, como la propia norma prevé.

La nulidad de pleno derecho se erige como la sanción propia para la infracción de cualquier norma imperativa o prohibitiva en nuestro ordenamiento. El artículo da cobertura a que existen normas específicas que puedan contemplar otra sanción en caso de contravención de una determinada regla. Por tanto, habrá que prestar también atención al precepto *ad hoc*.

Se presenta, consecuentemente, una especie de fárrago sobre el que conviene presentar algún matiz. El precepto contempla pues la nulidad de pleno de derecho, como tipo de nulidad, para aquellos actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas. No es óbice, en todo caso, para que existan otras clases de nulidad para actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Incluso puede existir nulidad de pleno derecho sin que los actos sean contrarios a normas imperativas o prohibitivas<sup>24</sup>.

El tema presenta, como es fácil de imaginar, multitud de vicisitudes y aspectos muy interesantes para el Derecho Civil. Sin embargo, dada su densidad, no resulta conveniente detenerse en exceso sobre esta cuestión. Por su parte, siguiendo el esquema dual invalidez-ineficacia, el concepto de ineficacia engloba aquella situación en la que un negocio, sirva como ejemplo un contrato, siendo válido –siguiendo la definición anterior–

---

<sup>23</sup>Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. op. cit., p. 103.

<sup>24</sup>“(…) Desde un punto de vista lógico la cuestión es obvia. La disposición del art. 6.3 podríamos traducirla así: ‘Si un acto es contrario a normas imperativas o prohibitivas, entonces este acto es nulo’. De donde podemos deducir: ‘Este acto es contrario a norma imperativa o prohibitiva’, ‘luego este acto es nulo’. Pero no podemos decir, sin incurrir en falacia de la afirmación del consecuente: ‘Este acto es nulo’, ‘luego este acto es contrario a norma imperativa o prohibitiva’. Por lo tanto, la idea de que la nulidad (o la invalidez, o la ineficacia) es sanción consecuente de la antijuridicidad del acto no puede apoyarse en el art. 6.3º CC. Tan sólo que algunos actos son nulos por ser contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Por cierto, tampoco es cierto que todos los actos contrarios a las leyes sean nulos, como la propia disposición expresa claramente y nadie pone en duda. La relación, por tanto, entre antijuridicidad del acto y nulidad del mismo es contingente en este doble sentido: ni sólo los actos antijurídicos son nulos, ni todos los actos antijurídicos son nulos. Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. op. cit., p. 104.

presenta algún tipo de circunstancia, extrínseca o intrínseca, que le impide desplegar efectos jurídicos<sup>25</sup>.

En términos de Derecho Comparado la legislación iusprivatista a este respecto presenta un poliedro de perspectivas un tanto confusas, lo que impide establecer un denominador común entre los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno o, por lo menos, alguna conceptualización digna de importación<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup>A este respecto, DE CASTRO Y BRAVO concluye que existe una auténtica “imposibilidad de una dogmática a priori de la ineficacia” y “considera negocio ineficaz aquel al que cualquier obstáculo defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, op. cit. pp. 461-462.

Sobre esta cuestión, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, didácticamente recalca que la “ineficacia (...) puede producirse también por motivos extrínsecos al proceso formativo del contrato; éste nace sin irregularidades que lo vicien o lastren, pero la ley contempla que el programa de prestaciones o intercambios previsto por los contratantes no se ejecute o se suprima por alguna razón justificada; por ejemplo, si un contratante no puede o no quiere cumplir sus obligaciones derivadas del contrato, el otro puede explicablemente liberarse exigiendo la ineficacia: es lo que se denomina “resolución”, concepto que, en principio, implica validez (carece de sentido resolver un acto inválido); el contratante no incumplidor puede, judicial o extrajudicialmente, provocar la ineficacia de contrato, exigiendo además, si lo desea, indemnización de la otra parte si ésta es responsable de su incumplimiento (por dolo, culpa, o porque incumplió hallándose en mora, o porque se pactó que respondiese en cualquier caso, etc.) Asimismo, un contrato impecablemente perfeccionado y, por tanto, válido puede devenir eficaz (incluso retroactivamente) si las partes celebran posteriormente otro contrato cuya eficacia consista precisamente en producir la ineficacia del primero: es lo que se llama “extinción del contrato por mutuo disenso”. Figura similar es la denominada “denuncia” (...), respecto de la donación, la revocación (...), también la reducción. Como modalidad de la ineficacia se tratan de contratos regularmente formados, válidos, que a posteriori, devienen privados de efectos por motivos extrínsecos a su gestación: incumplimiento o cumplimiento gravemente defectuoso, protección de un contratante, nuevo acuerdo, ingratitude, incumplimiento de *modus*, etcétera. Como modalidad de la ineficacia *strictu sensu* figura también la rescisión”. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, op. cit., pp. 62-63.

<sup>26</sup>“Es la materia de ineficacia de los contratos o en sentido más generales de los negocios jurídicos una de las más deficientemente reguladas en la legislación comparada de Derecho privado. Una breve revista de los códigos civiles más representativos del actual momento codificador revela y confirma lo dicho. Así, el C.c. de Austria no contiene un capítulo o sección dedicado a esta materia. Sólo bajo el epígrafe de “Posibilidad y permisibilidad” (parágrafos 88 y ss.), dos preceptos aluden a la nulidad del contrato opuesto a la ley o a las buenas costumbres, y al supuesto de ineficacia del contrato cuando el objeto del mismo queda sustraído al tráfico antes de su entrega. Dentro del primer caso incluye el parágrafo 879, entre otros supuestos relativos a negocios jurídicos no contractuales, los contratos en que a cambio de una prestación determinada e pacta una contraprestación cuyo valor económico se halla entre sí en notoria desproporción, habiendo sido obtenida porque una parte ha abusado de la ligereza, la situación de necesidad, la debilidad mental (“Verstandschwüache”), la inexperiencia o la excitación de ánimo de la otra parte. El C.c alemán contiene únicamente los parágrafos 138 y 139, relativos a la nulidad de los negocios contra las buenas costumbres; con un segundo párrafo equivalente al precepto transcrito del C.c. austriaco, y a la nulidad parcial (parágrafo 139), que tiene lugar cuando puede admitirse que las partes hubiesen celebrado el negocio también sin la parte nula. Idéntica puede considerarse la regulación que de esta materia hace el Código suizo de Obligaciones en sus arts. 20 y 21. Con la única diferencia de que señala en los mismos preceptos el plazo de un año para que la parte perjudicada pueda pedir la nulidad, contando desde la celebración del contrato. Los Códigos civiles de Brasil e Italia contienen un epígrafe dedicado a la nulidad del contrato o de los actos jurídicos. El segundo distingue la nulidad por oposición a normas imperativas y por defecto de uno de los requisitos esenciales; distinción que no hace el art. 145 del C.c. brasileño, que incluye en distintos apartados dichas dos especies de nulidad. Pero ambos códigos, y también, según vimos, el alemán, regulan

Podemos encontrarnos pues con un negocio jurídico inválido pero eficaz, es decir, que despliega efectos jurídicos. Como máximo exponente y a título ejemplificativo de este razonamiento puede encontrarse el matrimonio putativo, contemplado en el artículo 79 del Código Civil español<sup>27</sup>.

Este precepto dispone que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”. En efecto, el matrimonio putativo es la excepción que confirma la regla sobre los conceptos de validez y eficacia.

Bien es cierto que, conforme a la dicción literal del precepto, el grado de eficacia que despliega es limitado. Así, la nulidad del matrimonio no impide que éste despliegue efectos en relación con los hijos y los contrayentes siempre y cuando, como afirma el propio artículo, medie buena fe.

Se convierte en el ejemplo por excelencia de un negocio inválido pero eficaz. No se trata, sin embargo, de la única posibilidad que puede existir en relación con el esquema dual de validez y eficacia de los negocios jurídicos<sup>28</sup>. El caso, excepcional sin duda alguna, del

---

los efectos de la nulidad parcial. En efecto, dispone el C.c. italiano que la nulidad parcial de un contrato o la nulidad de determinadas cláusulas del mismo ocasionan la nulidad de todo el contrato cuando resulte que los contratantes no lo hubieran celebrado sin la parte nula o causante de la nulidad. La nulidad de determinadas cláusulas no acarrea la de todo el contrato, cuando las cláusulas nulas sean sustituidas por normas imperativas (art. 1419). El C.c. brasileño dispone también que la nulidad parcial de un acto no perjudicará a la parte válida si ésta fuera separable. La nulidad de la obligación principal implica la de las accesorias, pero la de éstas no ocasiona la nulidad de la obligación principal (art. 153). También otros códigos contienen epígrafe autónomo para la sección o capítulo dedicado a la ineficacia de los contratos o actos jurídicos; pero como hemos visto, algunos no distinguen la nulidad de la rescisión. El mismo criterio siguió el C.c. de Méjico de 1884, pero el vigente de 1928 para el Distrito Federal hace ya una regulación más detallada y científica, distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa; nada dice en cambio sobre la rescisión”. Cfr. SANTOS BRIZ, J. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, pp. 194-195.

<sup>27</sup>LETE DEL RÍO, J.M. “El matrimonio putativo” en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia Castaño*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1984, pp. 419-428; LÓPEZ ALARCÓN, M. “Algunas consideraciones sobre el matrimonio putativo” en *Anales de Derecho*, n° 16, 1998, pp. 127-138; JORDANO BAREA, J.B. “El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo II, 1961, pp. 343-382.

En la doctrina italiana, cfr. CICU, A. “Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo” en *Rivista di Diritto e Procedura civile*, n°VI, 1952, pp. 7 y ss.; FRANCESCHELLI, V. “Gli effetti del matrimonio invalido” en *Tratato di Diritto privato* (dir. P. Rescigno), tomo I, UTET Giuridica, Turín, 1982, pp. 675-678; VASSALLI, F. “Il matrimonio putativo” en *Studi Giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1960, pp. 141 y ss.

<sup>28</sup>Por ejemplo, SANTOS BRIZ defiende que “en nuestra Patria predomina, en efecto, el criterio que distingue los siguientes grados de ineficacia negocial o contractual: a) Inexistencia, cuando el contrato le falta alguno

matrimonio putativo pone de relieve como la distinción conceptual entre validez y eficacia puede tener mayor recorrido de lo que a priori puede parecer, más allá de la cualidad de contrato.

También pueden encontrarse en la práctica jurídica algunos negocios válidos pero ineficaces. Por ejemplo, un contrato sometido a condición es un supuesto evidente de negocio válido, siempre y cuando cumpla con todas las previsiones legales formales y materiales, que no despliega efectos hasta que no se cumple con la condición pactada por los sujetos intervinientes.

Es evidente, por otra parte, que existen negocios jurídicos inválidos y, como consecuencia de esta circunstancia, ineficaces. Puede observarse como la idea sobre la distinción entre los conceptos de validez y eficacia sigue estando vigente para este supuesto. Esta clasificación trata de presentar denominaciones lo más sencillas y condensadas posibles, sin entrar en disquisiciones excesivamente concretas que impiden tener una visión global de la problemática.

Una cuestión interesante para tratar es el tema relativo a la anulabilidad. La problemática que se plantea en relación con este asunto gira en torno al encaje de esta categoría en la clasificación dual de validez y eficacia. Dentro de las situaciones de invalidez pueden encontrarse, como veremos a continuación, los casos de nulidad y anulabilidad.

Es bastante claro, dada la configuración de su concepto, que la nulidad no presenta mayores dificultades a este respecto. La nulidad es por definición ineficaz; es decir, la

---

algunos de sus elementos esenciales, o sea, consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato o causa de la obligación que se establezca (art. 1261 del C.c.). b) Nulidad radical o absoluta, que tiene lugar cuando el contrato, aun reuniendo sus elementos esenciales, es opuesto a alguna ley que declara expresamente esa clase de nulidad. No se produce este grado de nulidad cuando, aunque sea contrario a la ley, ésta no declara expresamente su nulidad radical. Así hay que concluir después de examinar la jurisprudencia del T.S. en torno al art. 6º-3, del C.c., cuestión que veremos después más ampliamente. c) Anulabilidad o nulidad relativa, que se produce cuando el contrato, reuniendo sus elementos esenciales, adolece de vicios en la formación o constitución de alguno o algunos de ellos. A este grado de ineficacia se refiere el art. 1300 del C.c. que, presuponiendo la concurrencia en el contrato de los elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa), contempla el supuesto de que adolezca ‘de alguno de los vicios que los invalidan conforme a la Ley’. Estos vicios son el error, dolo, violencia o intimidación (arts. 1265 y ss.) y falsedad de la causa (art. 1301, párrafo 3). d) Recisión, grado de ineficacia que presupone un contrato ‘válidamente’ celebrado (art. 1290), que se rescinde o queda ineficaz a virtud de sobrevenir lesión o perjuicio para alguno de los contratantes o para terceros por alguna de las causas señaladas en el C.c. (arts. 1291 y ss.)”. Cfr. SANTOS BRIZ, op. cit., p. 191.

nulidad supone la existencia de algún vicio *ab initio*, relativo a requisitos esenciales, a formalidades exigidas al ordenamiento o por contravención de alguna norma imperativa, que impide que el negocio tenga plenos efectos jurídicos. La nulidad es, salvo la excepción del matrimonio putativo (art. 79 CC), sinónimo de ineficacia.

Más dificultades plantea, sin embargo, la anulabilidad. Presenta muchos claroscuros en torno a la validez y eficacia del contrato anulable pero que aún no ha sido anulado. Ello genera visiones contrapuestas en el seno de la doctrina civilista más especializada en la materia<sup>29</sup>.

Una de las teorías doctrinales, quizás la más aceptada, sobre esta cuestión es aquella que opta por la eficacia; esto es, defiende que el contrato que adolece de anulabilidad es, en principio, eficaz y despliega, consecuentemente, efectos jurídicos. Así, si esa eficacia provisional que se le da al contrato se confirma, los efectos devendrían definitivos<sup>30</sup>.

Frente a este razonamiento, otra concepción considera que el contrato anulable es ineficaz, previamente a la propia anulación. Por tanto, la confirmación<sup>31</sup> realmente muta en una especie de convalidación que reconvierte el contrato otrora ineficaz en un negocio jurídico válido y con plenos efectos jurídicos<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>“Pero el problema de moda parece ser el de la validez y eficacia del contrato anulable aún no anulado. Cuando he expuesto el modelo dominante, he presentado como tesis preponderante la de la validez y eficacia precarias, provisionales, claudicantes, del contrato anulable y lo he hecho para obtener y provocar claridad sistemática. Pero en el Código español el asunto es más oscuro y la doctrina se divide en sus expresiones, hablando unos de eficacia pero no de validez y no manteniendo otros, al abordar otras cuestiones conectadas con ésta, la necesaria coherencia; se advierte la influencia del *Codice civile* de 1942, pero también la de otros Códigos, más desconcertantes, en sentido inverso. Las opiniones al respecto pueden dividirse, en principio, en dos: la de la eficacia (entiendo que con validez, pues no cabe aquí eficacia sin ella) y la de la ineficacia”. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. op. cit., p. 69.

<sup>30</sup>En esta línea, cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, op c.it. pp. 487-489.

<sup>31</sup>Tal y como indica PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “en los contratos afectados por una causa de anulabilidad, la parte que está legitimada para anular el contrato tiene la potestad de confirmarlo, expresa o tácitamente, siendo la consecuencia de tal confirmación que la acción de nulidad queda extinguida (art. 1.309 CC) y la purificación del contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (art. 1.313 CC). Mediante la confirmación se elimina, por tanto, la incertidumbre respecto de la validez del contrato anulable, pues la parte que gozaba del derecho a anular el contrato se ha pronunciado, optado por dotarle de validez definitiva, perdiendo en consecuencia su facultad de anulación”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 87.

<sup>32</sup>Sobre esta cuestión, DELGADO ECHEVERRÍA Y PARRA LUCÁN consideran que “contra la opinión probablemente más extendida, creemos que en el Derecho español el contrato anulable es originariamente

Debe señalarse como punto de partida que se trata, sin duda alguna, de un tema complejo sobre el que resulta muy difícil posicionarse<sup>33</sup>. Resulta innegable que el contrato anulable, salvo declaración en contrario de la sentencia de anulación a petición del legitimado, puede producir efectos.

Bien es cierto que los efectos producidos pueden no ser los deseados por las partes o que éstos no se desplieguen plenamente. Pese a ello, varios indicios nos permiten pensar que un contrato anulable aún no anulado es eficaz, sin que ninguno de ellos, no obstante, sea especialmente esclarecedor o concluyente.

Si el ordenamiento jurídico prevé que un juez pueda reconocer la anulabilidad de un contrato puede entenderse que el legislador ha considerado que, en algún momento, se pueden producir efectos en detrimento de los intereses legítimos de alguna de los sujetos intervinientes. Ello cobra especial relevancia si se analiza el fundamento de las causas de anulabilidad presentes en el Código Civil (arts. 1.300 y ss.).

Así, la persona que busca la anulación de un contrato trata de evitar que éste pueda desplegar algún efecto que pueda perjudicar sus intereses. Debe probar, consecuentemente, la causa que provoca la anulabilidad del contrato. La ineficacia debe entenderse, en este punto, desde una perspectiva más amplia: el contrato no es que no tenga efectos, sino que no despliega los previstos o los deseados.

En este sentido, la naturaleza y configuración de la acción de anulabilidad también puede arrojar algo de luz en relación con este tema, aunque también existe un alto grado de

---

inválido e ineficaz (aunque puede convalidarse), y que esta caracterización tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes (...). En nuestra opinión, el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, pp. 14, 56, 357-358.

En una línea claramente opuesta, cfr. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, p. 325; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *La confirmación del contrato anulable*, Studia Albortotiana: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Cometa, Zaragoza, 1977, p. 283.

<sup>33</sup>“Vayamos al problema ‘estelar’: ¿Es eficaz el contrato anulable antes de ser anulado en Derecho civil español vigente? Para empezar, debo reconocer que yo mantuve que sí en 1977, acogiendo la tesis entonces dominante y criticando la de mi maestro italiano CARRESI, que, con respecto a su Ordenamiento, se había atrevido a sostener perspicazmente lo contrario. ¿Y hoy? ¿Cabe mantener lo mismo?”. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. op. cit., p. 73.

controversia doctrinal. Según mi opinión, la acción y sentencia de anulación tiene un carácter constitutivo.

Se parte de la consideración de que el contrato anulable es válido y eficaz hasta que una resolución judicial determine lo contrario. Ello significa que, antes de la propia anulación, el contrato despliega efectos y, consecuentemente, si el contratante no protegido paga no se encuentra legitimado para la interposición de la *condictio indebiti*<sup>34</sup>.

En la otra cara de la moneda y como refuerzo de este razonamiento, el contratante perjudicado puede realizar las actuaciones que considere oportunas con la finalidad de que el deudor entre en situación de mora. La acción de anulación tiene, por tanto, una naturaleza constitutiva con efecto retroactivo, frente a otras tesis que defienden su carácter declarativo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>Sobre esta cuestión, CLAVERÍA GOSÁLBEZ discrepa con matices al señalar que “si el contratante protegido por la anulabilidad no ha abandonado aún la situación de irregularidad que la produjo, entiendo que no está obligado, dada la irregularidad de su posición: si realiza el acto correspondiente al cumplimiento, no confirmaría y posteriormente, liberado de la incapacidad o del vicio, podría recuperar lo entregado, simplemente exigiéndolo al Juez, luego no podemos decir que está obligado. ¿Y el otro contratante? ¿Puede ser colocado en mora *debitoris* por el contratante protegido (como apunta DÍEZ-PICAZO), el contratante que, en este caso, confirmaría? ¿Puede aquel contratante, si ya entregó, ejercitarla la *condictio indebiti* lo que se niega DÍEZ-PICAZO? Aunque cabe aducir argumentos conceptualistas contra de la tesis del ilustre civilista burgalés (la situación irregular del reclamante le impediría provocar la mora, la ausencia de la obligación de A implica la de B, etc.), creo que nuestro Ordenamiento no ampararía la *condictio* citada (por economía procesal y por respeto al protegido habría que esperar al desenlace) y creo que la posición del contratante renuente merecería el reproche del régimen de la mora. Conforme, pues, con Luis Díez-Picazo. Pero ello no implica eficacia del contrato anulable, sino presencia de algunos efectos. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. op. cit., pp. 74-75.

<sup>35</sup>A este respecto DÍEZ-PICAZO, firme defensor de esta teoría, considera que la “anulabilidad presenta una ineficacia estructural y provocada. Estructural en el sentido de que la ineficacia es consecuencia de una previsión del ordenamiento jurídico ante la existencia de un vicio o defecto en el consentimiento. Provocada en cuanto que el ordenamiento faculta a un sujeto con interés legítimo a solicitar la anulación del contrato. Así, “la tesis de a acción declarativa en la anulabilidad no explica que el contrato anulable, en la fase de provisionalidad, produzca indiscutibles efectos, que serían inconciliables con la declaración de una nulidad ex ante. Así, no es discutible que el contratante no especialmente protegido que paga el precio no puede ejercitar la *condictio indebiti*. También es indudable que el contratante que ha sufrido un vicio de la voluntad (...) puede válidamente, aun cuando tales vicios no hayan quedado desvanecidos, realizar eficazmente los actos para poner en mora al deudor. La tesis de la acción declarativa busca reforzar la situación de protección del contratante favorecido, pero se concilia mal en los términos de nuestro Código Civil”. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 488; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “La anulabilidad de los contratos” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1221-1230.

Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO considera que la anulabilidad se canaliza a través de una acción declarativa y restitutoria y que, una vez dictada la sentencia de anulación, “aparece la originaria invalidez del negocio”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., p. 508.

Asimismo, la dicción del artículo 1.300 del Código Civil parece predisponer a la idea de que el contrato anulable es válido y eficaz. Este precepto contempla que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”<sup>36</sup>.

Cobra especial importancia a efectos del estudio de la validez y eficacia del contrato anulable en el ordenamiento jurídico español la expresión “pueden ser anulados”, siempre y cuando el contrato adolezca de los vicios previstos por la ley. Resulta bastante evidente que si cabe la posibilidad de anulación es porque en un momento previo el contrato fue válido y se desplegaron unos determinados efectos.

Si el legislador hubiese querido que el contrato anulable no fuese válido y eficaz la formulación del artículo en cuestión hubiese sido, muy probablemente, distinta. Así, en lugar de prever la posibilidad de anulación, los términos utilizados hubiesen ido más encaminados hacia la confirmación del contrato.

En cambio, tal y como se desprende del contenido del artículo 1.300, la previsión habla de la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, esto es, los elementos esenciales del contrato. Ello da buena muestra de que el legislador está presuponiendo la validez del contrato<sup>37</sup>. Sin embargo y como es natural, este razonamiento está abierto a críticas e interpretaciones<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup>Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R. “Artículo 1300” en *Comentarios al Código Civil: arts. 1265 a 1484* (coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9238-9250.

<sup>37</sup>Existe, sin embargo, una vía intermedia entre las dos posiciones dogmáticas antagónicas. Así, MIQUEL GONZÁLEZ considera que “seguramente ambas tienen fuerza, porque el contrato anulable está en una situación ambigua derivada de la protección que la anulabilidad representa para uno de los contratantes. Posiblemente todo dependa del punto de vista desde el que se observe el contrato, porque no es la misma situación la del protegido por la anulabilidad que la de la otra parte (...). El contrato llamado anulable es un contrato afectado de una nulidad relativa por razón de la persona que la pueda hacer valer. Si el contrato es unilateral, como el depósito, y la anulabilidad protege a la parte que asumiría obligaciones, éstas no surgen. Si la anulabilidad protege a la otra parte, las obligaciones surgen (...) porque propiamente no pueden surgir obligaciones sólo para una de las partes. En un contrato bilateral anulable lo que existe es una vinculación de una parte a la decisión, expresa o tácita, de la otra que tiene por ello un poder de modificación de la situación jurídica para convalidarla por medio de la confirmación. De la inicial ineficacia relativa se pasa a la validez definitiva”. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “Anulabilidad” en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 475 y ss.

<sup>38</sup>Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, cfr. CAÑIZARES LASO, A. *La caducidad de los derechos y las acciones*, Civitas, Madrid, 2001.

Polémica aparte es la referente a si el plazo contemplado en el artículo 1.301 del Código Civil está sometido al régimen de prescripción o caducidad<sup>39</sup>. Las opiniones doctrinales son muy variadas a este respecto. En todo caso, lo más razonable, ante la ausencia de un criterio específico, es entender que el precepto contempla el plazo de cuatro años en términos de caducidad<sup>40</sup>.

No debe confundirse este tema, dado el desconcierto existente sobre la materia, con el debate sobre la prescripción de la nulidad de pleno derecho<sup>41</sup>. Por otra parte, hay que recalcar que este tipo de acciones conlleva, por lo común, la restitución de las prestaciones. Resulta difícil de sostener cualquier teoría que trate de negar el efecto restitutorio de las acciones de nulidad y anulabilidad<sup>42</sup>.

Carece de cierto sentido entonces diferenciar las acciones de nulidad y anulabilidad de las restitutorias pues las primeras tienen, a su vez y con limitadas salvedades, un carácter restitutorio tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup>Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R. “Artículo 1301” en *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pp. 9251-9257.

<sup>40</sup>DÍEZ-PICAZO entiende que “la letra del precepto da pie para entenderlo así, puesto que literalmente dice que la acción durará cuatro años, eludiendo la referencia al concepto de prescripción. A favor de la misma solución, desde el punto de vista dogmático, se encuentra el hecho, ya aludido, de que la acción pueda ser considerada como un derecho potestativo o de configuración jurídica. En el orden de una jurisprudencia de intereses, puede señalarse, en la misma línea, la existencia de un interés general en una clara y pronta definición de la situación jurídica, por exigirlo así la seguridad jurídica y el tráfico”. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit., p. 491. En el mismo sentido, cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., op. cit., p. 75; DE CASTRO Y BRAVO, F. op. cit., pp. 509.

<sup>41</sup>Para un estudio sosegado y riguroso de esta cuestión, cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, op.cit. pp. 72 y ss.

<sup>42</sup>“(…) esta doctrina que tiene como premisa la autonomía de la acción restitutoria respecto de la acción declarativa de nulidad tiene difícil encaje en el ordenamiento español mientras se considere la restitución como una consecuencia legal de la nulidad declarada y no como una acción independiente de la misma. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, op.cit. pp. 80.

<sup>43</sup>“A tal efecto, algunos ordenamientos, como el italiano distinguen entre la acción declarativa de nulidad, imprescriptible, y la acción de restitución de las prestaciones satisfechas que sí prescribe (art. 1.442 *Codice civile*), en el plazo de diez años (art. 2.946 *Codice civile*) desde el momento en que el derecho a la repetición pudo hacerse valer (art. 2.935 *Codice civile*). De manera análoga, en el ordenamiento alemán, la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato nulo tiene plena autonomía respecto de la acción de nulidad y sigue las normas del enriquecimiento injustificado (§ 812.1 BGB)”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, op.cit. p. 78.

En sede jurisprudencial, en esta línea cfr. SSTs de 10 de marzo de 2015 y 30 de noviembre de 2016; STJUE 21 diciembre 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco; Palacios Martínez vs BBVA S.A. y Banco Popular Español S.A. vs Irlés López, apartados 61 y 63).

En términos procesales, se traduce en que la sentencia anulatoria presenta, como regla general también una naturaleza restitutoria.

Consecuentemente, puede darse la circunstancia de que no se requiera, una resolución judicial posterior e independiente que contemple la restitución prestacional<sup>44</sup>, tema controvertido sobre el que se vuelve en apartados posteriores. Desde la perspectiva de la economía procesal resulta, inútilmente, más gravoso diferenciar entre la declaración de nulidad y la restitución de las prestaciones.

Como se ha podido observar a lo largo de es apartado, el tema de la validez y eficacia negocial en el ordenamiento jurídico español entraña varias cuestiones problemáticas. La doctrina y la jurisprudencia, a través de sendos razonamientos, han tratado, con mayor o menor nivel de éxito, conformar una teoría general.

A lo largo de estas líneas se ha intentado realizar un ejercicio de clarificación a efectos de recopilar, sin ánimo de caer en una exhaustividad estéril, las principales teorías doctrinales existentes hasta la fecha<sup>45</sup>. En otro orden de cosas, se ha buscado delimitar, de la forma más sencilla posible, los conceptos de validez y eficacia.

---

En la doctrina italiana la acción de restitución presenta una naturaleza autónoma, como se recoge en el *Codice civile* italiano, en consonancia con lo que se dispone en el artículo 2.033 del citado cuerpo legal. Cfr. ROPPO, V. *Il contratto*, Giuffrè, Milán, 2001, p. 848.

<sup>44</sup>Por otra parte, no creo procedente diferenciar las acciones invalidantes de nulidad y de anulación de las de restitución, pues las primeras comprenden ya la restitución: repárese en la automaticidad del efecto restitutorio (...) del antes mencionado art. 1303 del Código Civil; en otros términos, la naturaleza declarativa de la sentencia anulatoria no implica que se requiera otra sentencia (de condena) diferente que imponga la restitución de las prestaciones pues, dado el tenor del art. 1303, declarada anulación automáticamente se imponen las devoluciones si las prestaciones derivadas del contrato inválido se habían realizado previamente. Ello implica que la sentencia anulatoria tiene una doble naturaleza (lo que reconocen muchos autores, incluidos los defensores de la tesis de la eficacia del contrato anulable y del carácter constitutivo de la sentencia de anulación). Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., op. cit., p. 75-76.

<sup>45</sup>A modo de resumen, cabe redundar en la idea de que “la definición de los términos ‘ineficacia’ e ‘invalidez’ ha sido una materia que siempre ha adolecido de una gran dificultad por parte de la doctrina. La teoría clásica sobre la nulidad parte de dos categorías conceptuales: la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa. No obstante, el tráfico jurídico exige modernizar las teorías clásicas una vez que se superan las dificultades terminológicas (...). Resulta especialmente complejo poder llegar a definir y conceptualizar los términos de ‘ineficacia’, ‘invalidez’, ‘inexistencia’, ‘nulidad’ y ‘anulabilidad’ por parte de la doctrina. Las posturas oscilan entre considerar que son términos en los que uno incluye al otro, hasta que la apreciación de ambas categorías no es necesaria, ya que se debe atender al plano práctico y no al teórico, en el que se situaría la invalidez. En sede contractual, la invalidez supondría la ineficacia, pero no toda ineficacia supondría invalidez”. Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. op. cit., pp. 64 y 108-109.

En todo caso, todas las disquisiciones acerca de estos conceptos resultan útiles y necesarios para un estudio riguroso de la nulidad parcial contractual, pues entronca directamente con la teoría general del contrato y, de forma bastante conexas, con las categorías de validez y eficacia<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup>Cfr. ARGUDO PERIZ, J.L. “Invalidez e ineficacia. Invalidez, nulidad y anulabilidad” en *Eficacia e ineficacia del contrato* (coord. María Ángeles Parra Lucán y Carlos Lalana del Castillo), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 69-100; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Eficacia e ineficacia del contrato” en *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 243-264; JORDANO FRAGA, F. *Falta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Studia Albornociana: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Cometa, Zaragoza, 1988, pp. 132-153; PARRA LUCÁN, M.A. “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. Aproximación a la Sección 1ª del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, 2004, pp. 549-638.

## CAPÍTULO II

### La nulidad parcial del contrato en el Derecho Civil español

#### 2.1. Marco jurídico y aclaraciones terminológicas

##### *2.1.1. El principio de conservación del negocio jurídico. La concepción unitaria del contrato*

Una vez se han abordado y respondido todos los interrogantes planteados en torno a las categorías de validez y eficacia procede analizar lo referido a su concepto. Resulta inexorable introducir también, sobre esta primera y fundamental cuestión, ciertas precisiones terminológicas, indispensables para un adecuado examen de la nulidad parcial.

No puede perderse de vista que tratar de alcanzar un concepto de nulidad parcial puede resultar, en cierta medida, un tanto estéril si se observa sólo desde una perspectiva práctica. Quizás su atractivo radique, únicamente, en el mero contexto dogmático. Sin embargo, parece razonable establecer un marco conceptual en el que se pueda encuadrar el estudio de tal categoría.

Cuando se trata de establecer un concepto de nulidad parcial el primer problema que se plantea es el de determinar, con un mínimo de exactitud, cuál es el contexto en el que se inserta y qué elementos fácticos son necesarios para que se produzca un supuesto de esta naturaleza. No resulta sencillo acometer esta operación, mas es inevitable a efectos de emitir un juicio técnico bien fundamentado.

En primer lugar, el punto de partida pasa por la concepción unitaria o no del contrato<sup>47</sup>. Resulta bastante obvio pensar que, si se entiende que el contrato constituye un todo

---

<sup>47</sup>A este respecto, DíEZ-PICAZO señala, de forma tan brillante como interesante, que “las dos soluciones son posibles. Es posible entender que un contrato, que es un instrumento unitario para consecución de intereses, según la voluntad de los contratantes y su autónoma decisión, no puede ser eficaz en cuanto una parte de su contenido es ineficaz en cuanto a otra, porque ello significa mutilar la disposición de autonomía privada y crear una reglamentación que no responde ni a la voluntad de las partes ni a sus intereses. La posición contraria que se puede formular diciendo que un contrato, en el que una parte de su contenido es nula, debe continuar siendo válido en lo restante y llenar en lo posible a función económica perseguida por las partes.

unitario conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, la nulidad parcial no podría predicarse. En consecuencia, esta visión veda la posibilidad de que exista una parte del contrato nula y, por tanto, ineficaz.

Por el contrario, como teoría opuesta o, mejor expresado, más flexible respecto a la concepción unitaria del contrato, puede defenderse que cabe la posibilidad de que exista una parte nula de su contenido y que esta circunstancia sea perfectamente compatible con la supervivencia del negocio jurídico contractual.

El principio de conservación del negocio jurídico, junto con la regla romana *utile per inutile non vitiatur*<sup>48</sup>, resultan los más sólidos argumentos<sup>49</sup>, para defender la posibilidad

---

A esta conclusión se puede llegar partiendo del principio de conservación del negocio, y de la idea de que lo invalidado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*). Cfr. Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit., p. 455.

<sup>48</sup>DOMÍNGUEZ TRISTÁN señala que “guiados por la idea de que *ius et utile unum atque idem*, los juristas romanos enunciaron a favor de la validez del acto, diversas reglas interpretativas, así, y entre las más importantes, cabe reseñar que ‘los actos han de entenderse preferentemente como válidos que como nulos; que ‘la interpretación debe hacerse de modo que el acto sea válido’; y que ‘siempre que en las estipulaciones haya una oración ambigua, lo más conveniente es admitir aquello por lo que la cosa de que se trata quede salvo’. (...) Aunque es cierto que el Derecho romano no recoge explícitamente el principio *utile per inutile non vitiatur* como regla iuris, pues su formulación como tal tendrá lugar posteriormente en el Derecho común, sin embargo, no hay duda de que el mismo existió como regla latente del Derecho, concretándose su aplicación en la solución de casos particulares por la *iurisprudencia*. Así pues, la raíz o el origen de la citada regla lo podemos encontrar en diversos textos romanos que tienen como denominador común un negocio jurídico o contrato determinado que, si se nos permite la expresión, está parcialmente viciado, esto es, que en una parte es válido y en otra inválida. En esta línea cabe destacar los que se refieren al contrato de estipulación y, en particular, a los problemas que derivan del requisito de la congruencia entre pregunta y respuesta, presupuesto necesario para la perfección de la *stipulatio*; a los pactos o estipulaciones torpes, contra las buenas costumbres, ilegales e imposibles, así como a las estipulaciones sometidas a condición imposible, ilícita o ilegal que forman parte de un negocio jurídico o contrato; a ciertos contratos particulares, como por ejemplo, el de depósito y donación; y también al ámbito del Derecho sucesorio. Cfr. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La nulidad parcial en el Derecho contractual europeo: algunas observaciones sobre sus precedentes romanos”, en *Revista General de Derecho Romano*, nº 26, julio, 2016.

Por su parte, MARÍN PADILLA pone de manifiesto en una de sus obras que la tradición romanista habría recogido el principio de conservación en diferentes leyes. Cabe destacar, a modo de ejemplo, la *lex Sancimus* (D.8.54.33), *lex Graece* (D.46.1.8,7) o *lex Placuit* (D.22.1.29). Según ellas, “nunca debe viciarse lo útil por lo inútil en los casos en los que se estipule en contra de lo establecido por las leyes que imponen límites, porque no cabe reprobarse todo el contrato sino solamente aquella parte que está inficionada”. Cfr. MARÍN PADILLA, M. L. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 132.

<sup>49</sup>DE CASTRO Y BRAVO considera que “desde hace mucho se enfrentan dos concepciones, cada una formulada en un brocardo latino. De un lado, se nos dice que nada justifica cuando se ha querido una pluralidad de resultados aquel que por sí mismo sea válido vaya a dejar de serlo, porque otro no lo es: *utile per inutile non vitiatur*. Del lado contrario, se ha señalado que un negocio no es ya el mismo, no es aquel que se quiso o se consintió, en cuanto se le mutila o amputa: *unus actus non potest pro parte valere, pro parte non*. En los textos romanos y en el Derecho canónico se basará la doctrina del Derecho común que establece como principio el de la conservación de la parte útil del negocio. Mas los autores la irán corrigiendo con

de que en un contrato exista una parte de su contenido nula, mientras el resto de su contenido sigue dotado de validez, eficacia y vigencia. El alcance y la incidencia del principio de conservación del negocio pivota sobre la idea original de protección de valores y mantenimiento del orden establecido del Derecho, entendido éste como un conjunto de normas<sup>50</sup>.

En una primera aproximación puede concluirse que la conjugación de una concepción laxa de la unidad del contrato junto con la operatividad de las reglas de origen romano anteriormente mencionadas constituye el marco jurídico más propicio y en el que la nulidad parcial contractual puede tener cabida<sup>51</sup>.

Consecuentemente, cualquier razonamiento contrario a la primacía del principio de conservación del negocio jurídico o una visión muy rigorista sobre la unidad del contrato impediría que pudiera producirse caso alguno de nulidad parcial. El binomio principio de conservación y flexibilización de la concepción unitaria del contrato se erigen como

---

sus habituales distinciones y excepciones. El principio se afirma como indiscutible en las disposiciones testamentarias, en las sustituciones, en todo lo separable de la parte nula; las que se consideran válidas en lo que no excedan en cantidad o en tiempo de lo permitido en las leyes. En cambio, se irá diciendo que falla la regla, respecto de: los requisitos de la forma, en el negocio que sea indivisible, en general respecto de lo que resulte en fraude a la Ley, y hasta de todas las reglas de ciertos ordenamientos especiales (así, el Derecho feudal). Llegándose así, amontonando excepciones, hasta convertir la excepción regla. Los pandectistas alemanes no dedicaron especial atención a la nulidad parcial; ello no obstante, llegan al resultado que se ha impuesto en la doctrina moderna, la de considerar decisiva la voluntad del autor o autores del negocio. Los Códigos modernos, que han regulado la nulidad parcial, coinciden en ello, aunque discrepen en que unos parten de la nulidad del negocio y otros, por el contrario, de la validez del negocio, siempre si no parece que se quiso otra cosa”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, op. cit., p. 492.

En definitiva y como señala DÍEZ-PICAZO, se trata de que “entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirse debe optarse por esta última”. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit., p. 250.

<sup>50</sup>Cfr. GRASSETTI, C. “Conservazione (Principio di)” en *Enciclopedia del Diritto*, IX, p. 173; STELLA RICHTER, G. “Il principio del negozio giuridico” en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, pp. 411-429; VERGA, A. *Errore e responsabilità nei contratti*, CEDAM, Padua, 1941, p. 256.

<sup>51</sup>A este respecto, ÁLVAREZ LATA afirma que “es el principio de conservación del negocio jurídico el justificador de tal operación. Este principio, cuya manifestación positiva se encuentra en el art. 1284 CC, esboza una regla hermenéutica basada en los aforismos *magis valeat quam bereat* y *utile per inutile non vitiatur* que propone simultáneamente una validez y una nulidad parciales. Según ella se trataría de salvar, en la medida de lo posible, el negocio jurídico y tender, en un posible conflicto *versus* no eficacia, hacia la producción de efectos (...). En este sentido (...) la existencia de alguna cláusula viciada de nulidad en un negocio jurídico no implicaría necesariamente la nulidad total del negocio sino la nulidad parcial de la cláusula con el fin de amparar el principio *favor negotii*. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 45-46.

requisitos indispensables para que de una relación contractual pueda predicarse la coexistencia de una parte nula y de una parte válida.

Como ya se ha señalado, el principio de conservación tiene una importante incidencia en la interpretación del negocio jurídico, de marcada intensidad y presencia ya desde la época romana. Por ello, puede afirmarse, con rotundidad, que el valor del principio de conservación es eminentemente interpretativo<sup>52</sup>. Por tanto, cuando un negocio jurídico deba ser sometido, por cualquier circunstancia, a algún criterio interpretativo debe optarse por aquel que proteja la validez y eficacia del propio negocio o de alguna de sus partes<sup>53</sup>.

Más allá de estas disquisiciones, de talante cuasi filosófico, existe una positivización del principio de conservación del negocio jurídico en la órbita iusprivatista de nuestro ordenamiento. El Código Civil establece en su artículo 1.284 que “si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”. Tanto la doctrina<sup>54</sup> como la jurisprudencia<sup>55</sup> han considerado esta regla como la normativización del citado principio.

En otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno existe también una regla muy similar. En el Derecho Civil italiano hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1.367 del *Codice Civile*, que en su tenor literal afirma que “*nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effectto, anzich'è in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*”.

---

<sup>52</sup>Sobre el principio de conservación del negocio jurídico, PALOMEQUE LÓPEZ indica que “la idea de conservación cobra su papel preponderante dentro del ámbito general del negocio jurídico, como específico canon o precepto interpretativo. La noción aparece cuando, entre diversos criterios de interpretación de que sea susceptible un acto jurídico, se manifiesta la preferencia en favor de aquel que potencia la eficacia del mismo o de una de sus cláusulas”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 31.

<sup>53</sup>“Conforme al *principio quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimus est id accipi, quo res, qua de agitur in tuto sit* (siempre que en las estipulaciones hay una oración ambigua, es lo más conveniente que se entienda aquello por lo que quede a salvo la cosa de que se trata), la cláusula cuestionada (deba) entenderse en el sentido más adecuado para que produzca efecto”. Cfr. STS de la Sala Primera de 23 de marzo de 1965:

<sup>54</sup>Cfr. BONET, R. *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, 1964, pp. 1010-1011. Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO, afirma que es “(...) lo que se ha denominado (la regla del art. 1.284 CC) principio de conservación del negocio jurídico”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, op. cit., p. 88.

<sup>55</sup>Vid. SSTS de la Sala de Primera de 30 de octubre de 1944 y de 23 de marzo de 1965.

Este precepto está considerado por la doctrina italiana como aquel en el que cristaliza la normativización del principio de conservación<sup>56</sup>. Si bien, es necesario remarcar que este tiene un valor subsidiario en relación con los artículos 1.362, 1.363, 1.364 y 1.365 del *Codice Civile* italiano ya que constituyen las reglas generales de interpretación contractual. Asimismo, conviene señalar que esta citada regla debe respetar, en todo caso, la voluntad de las partes.

Este principio ha sido acogido también en las respectivas normas francesas. El artículo 1.157 del *Code Civil* francés dispone que “*lorsqu’une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l’entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n’en pourrait*”<sup>57</sup>.

Por otra parte, en la norma alemana que positiviza este principio (parágrafo 2.084 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán: “*lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann*”), el alcance se encuentra limitado a declaraciones testamentarias.

Al margen de la interesante pero árida cuestión referida a su carácter hermenéutico<sup>58</sup>, lo verdaderamente importante radica en la aplicación práctica de dicho principio. El principio de conservación se normativiza en el artículo 1.284 del Código Civil. En

---

<sup>56</sup>Cfr. BETTI, E. “Teoria generale del negozio giuridico”, vol. 15-II del *Trattato di Diritto civile italiano* (F. Vasalli), UTET, Turín, 1952, p. 265; CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 615; GRASSETTI, C. “Conservazione (Principio di)” en *Enc. Dir. IX, Varese*, 1961, p. 174.

<sup>57</sup>Cfr. POTHIER, R.J. *Tratado de las obligaciones (versión del Traité des Obligations)*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pp. 60-61; SAVATER, R. *Cours de Droit Civil*, II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, p. 71.

<sup>58</sup>Tal y como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, “se suele plantear, por otra parte, el tema de la esencia y caracterización general de principio de conservación como canon hermenéutico, cuestión íntimamente ligada a la raíz de la interpretación objetivo del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones, como estamos viendo, la constituye el principio de conservación del negocio jurídico. Se puede constatar semejante planteamiento en la moderna doctrina italiana, en base a los arts. 1.367 Cci. y su precedente art. 1.132 Cci. de 1865, y a propósito de la formulación del “principio de conservación” en esta materia. (...) Aun cuando polémica semejante no se ha planteado en nuestra doctrina, en relación con el art. 1.284 Cc., parece claro que para que se cumpla el tipo normativo previsto en dicho precepto basta la producción de un “efecto”, el desencadenamiento de la eficacia negocial típica, según la especie de acto jurídico de que se trate, la producción, en suma, del cuadro general de efectos propios del acto. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit. pp. 36-37.

consecuencia, sistemáticamente se encuentra insertado en el bloque de reglas relativas a la interpretación de los contratos (capítulo IV, título II, libro IV del Código).

Sin embargo, puede observarse que en la regulación del citado principio se hace exclusiva referencia al contrato en particular y no al negocio jurídico como categoría general, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el BGB alemán. Si bien, debería considerarse que las normas contempladas entre los artículos 1.281 y 1.289 del Código Civil se extienden a todos los negocios jurídicos sin una regulación específica sobre su interpretación<sup>59</sup>.

Procede, a continuación, valorar y examinar cuáles son los presupuestos en los que la aplicación del principio de conservación regulado en el artículo 1.284 del Código Civil resulta procedente, útil y necesaria. Se trata, por tanto, de delimitar cuáles son las circunstancias o hipótesis en los que el principio de conservación se erige como una solución plausible.

Como primer presupuesto puede destacarse la múltiple interpretación sobre el negocio jurídico en cuestión. Nos encontraríamos ante aquel supuesto en la que hay una pluralidad, real, evidente y no arbitraria, de interpretaciones. Esta hipótesis encuentra su fundamento en la redacción del propio artículo 1.284 del Código Civil cuando, en su comienzo, indica que “si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su función interpretativa, establece que lo dispuesto en el artículo 1.284 del Código “habrá de tener aplicación, solamente, si alguna cláusula de los contratos admitiera diverso sentidos”<sup>60</sup>. Por su parte, la jurisprudencia italiana ha conformado una doctrina en idénticos términos que la española sobre, en este caso, el artículo 1.367 del *Codice Civile* italiano<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup>Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, op. cit. p. 82; GULLÓN BALLESTEROS, A. *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 16; TRAVIESAS, M. “Los negocios jurídicos y su interpretación” en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1925, pp. 33 y ss.

<sup>60</sup>Cfr. SSTS de la Sala Primera de 16 de octubre de 1965 y 25 de febrero de 1969.

<sup>61</sup>Cfr.. Sent. Cass. Civ. de 5 de mayo de 1967 y de 18 de mayo de 1967.

Cabe, como no podía ser de otra manera, hacer referencia a la conexión con el tema de fondo del presente estudio, la nulidad parcial de los contratos. En este caso, la aplicación del principio de conservación supondría determinar, interpretativamente, si el negocio jurídico en cuestión adolece de nulidad, validez o si coexisten ambas circunstancias<sup>62</sup>.

El segundo de los supuestos gira en torno a las dudas en torno a la verdadera voluntad e intención de las partes. No se puede negar que “la interpretación negocial está imbuida de un criterio espiritualista que exige la captación de la voluntad e intención del o de los sujetos declarantes”<sup>63</sup>. Si la voluntad e intención de las partes intervinientes en un negocio jurídico es inequívoca, evidente y notoria no tiene sentido que su contenido y significado se someta a un canon interpretativo como, por ejemplo, el principio de conservación.

Tan sólo si la voluntad de las partes resulta difícil de determinar, no es lo suficientemente clara o presenta algún tipo de anomalía incompatible con el ordenamiento, el principio de conservación debe desplegar todos sus efectos. De lo contrario, se estaría realizando un más que criticable ejercicio de alquimia jurídica, sustituyendo arbitrariamente la voluntad e intención de las partes por una interpretación temeraria.

Hay que recordar, en este punto, que el principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil constituye uno de los ejes básicos en las relaciones contractuales y de toda la esfera iusprivatista del ordenamiento jurídico español e italiano<sup>64</sup>. Si bien, en el ámbito sucesorio la norma de referencia aparece consagrada en el artículo 658 del Código Civil español.

---

<sup>62</sup>Cfr. ONDEI, E. “La conservazione dei negozi giuridici mediante interpretazione” en *Riv. Dir. Civ.*, 1964, II, p. 38.

<sup>63</sup>Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit. p. 38.

<sup>64</sup>Cfr. CALASSO, F. “Autonomia: premessa storica” en *Enciclopedia del Diritto*, IV, pp. 349-356; CARRESI, F. “Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici” en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, pp. 267 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “La autonomía privada y el derecho en la LAU” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX, volumen IV, 1956, p. 1151; FERRI, L. *La autonomía privada* (traducción y notas de Derecho español de Sancho Mendizábal), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 5; LECIÑENA IBARRA, A. “Autonomía de la voluntad” en *El contrato*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 9-30; QUESADA LÓPEZ, A.J. “La autonomía de la voluntad y el contrato” en *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 145-164.

Consecuentemente y en virtud de lo dispuesto en esa regla, debe respetarse lo estipulado por los contratantes con los límites legalmente establecidos (“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”)<sup>65</sup>.

De este modo, debe prevalecer siempre el conocimiento de la verdadera y auténtica voluntad de las partes frente a la aplicación de cualquier otro principio o criterio alternativo que, en todo caso, debería tener una aplicación subsidiaria. Esta idea entronca directamente con el tercero de los requisitos de la aplicación del principio de conservación: su carácter subsidiario. La premisa fundamental, consistente en que la verdadera voluntad e intención de las partes del negocio jurídico es y debe ser uno de los cauces o principio esencial de la interpretación negocial, ha sido acogida de forma reiterada por la jurisprudencia<sup>66</sup>.

Con todo ello, ha sido la doctrina italiana la encargada de elaborar una construcción jerárquica sobre las reglas de interpretación negocial<sup>67</sup>. Esta teoría ha sido importada y defendida por algún autor nacional<sup>68</sup>. Siguiendo estas tesis esta ordenación contaría con tres niveles claramente diferenciados de interpretación negocial: el criterio subjetivo, el criterio objetivo y el criterio subsidiario.

El criterio subjetivo o espiritualista sería aquel cuyo fundamento se encuentra en los artículos 1.281, 1.282, 1.283 y 1.289.2 del Código Civil para los negocios *inter vivos*. Para los negocios *mortis causa* resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 675 del mismo texto normativo.

Como resulta evidente, este elenco de reglas está formado por aquellas que tratan de proteger y reforzar la verdadera voluntad e intención de las partes contratantes. Por

---

<sup>65</sup>Cfr., entre otras, SSTS de la Sala Primera de 30 de noviembre de 1964, de 6 de diciembre de 1968 y 15 de abril de 1971.

<sup>66</sup>Cfr., entre otras, SSTS de la Sala Primera de 9 de octubre de 1943, de 21 de enero de 1961, de 27 de junio de 1964, de 31 de mayo de 1966 y 25 de enero de 1969.

<sup>67</sup>Cfr. BIANCA, C.M. *Diritto Civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milán, 2015, pp. 404 y ss.; GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negozio iuridico*, CEDAM, Padua, 1983, pp. 225 y ss.

<sup>68</sup>Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit. pp. 40 y ss.

consiguiente, el primero de los escalones de la pirámide de interpretación negocial es el de la búsqueda y escrupuloso respeto a la voluntad de los intervinientes en el negocio jurídico en cuestión.

En segundo lugar, pueden encontrarse los denominados criterios objetivos de interpretación negocial. Incardinados en este segundo gran bloque podremos encontrar el principio de conservación (arts. 1.284 y 1.286 CC), el principio sistemático (art. 1.285 CC), el principio consuetudinario (art. 1.287 CC) y, finalmente, el principio de equidad (art. 1.288 CC).

En tercer lugar, en el último de los grados de esta relación sobre la interpretación negocial, se puede encontrar el criterio subsidiario. Este último encuentra su cobertura en lo dispuesto en el artículo 1.289 del Código Civil, cuyo contenido resulta de aplicación “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes”.

Cabe, por último, hacer una consideración a este respecto. Es preceptivo destacar que la relación entre los diferentes grados que conforman esta jerarquía de reglas sobre interpretación es vertical, es decir, se aplican de forma supletoria y unas normas o principios en defecto de las anteriores.

A modo de ejemplo, el principio de conservación será de aplicación en caso de que el criterio subjetivo o espiritualista no resulte eficaz para conocer la intención y voluntad de las partes y, en último término, discriminar si un negocio jurídico adolece partes nulas y válidas compatibles con su supervivencia.

En el Derecho Civil italiano el principio de conservación, contemplado en el artículo 1.367 del *Codice Civile*, presenta, igual que sucede en el ordenamiento jurídico español, un carácter eminentemente subsidiario en el ámbito de la interpretación de los negocios jurídicos, como la doctrina italiana así se ha encargado de resaltar<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup>Cfr. CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, op. cit., p. 609 y ss.; ONDEI, E. “La conservazione dei negozi giuridic mediante interpretazione”, op. cit., p. 37.; OPPO, G. *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Zanecchi, Bologna, 1943, p. 159.

Otra cuestión, en realidad de importancia más bien menor, es la planteada por algún autor respecto al alcance del concepto de conservación; es decir, si la propia conservación despliega sus efectos sobre una o varias cláusulas del negocio jurídico en cuestión o alcanza a la totalidad de este<sup>70</sup>.

El análisis sobre este tema tan sólo reviste de cierta utilidad si se pone en conexión con todo lo referido a la nulidad parcial del contrato. No parece razonable defender, con base en lo dispuesto por el artículo 1.284 del Código Civil, que el principio de conservación quede excluido en su aplicación respecto al conjunto del negocio jurídico<sup>71</sup>.

La mera cuestión nominal –principio de conservación del negocio jurídico– invita a pensar que la conservación, si desea efectuarse, alcanza al negocio jurídico en su totalidad. Para ello, habrá que examinar con cierto nivel de detenimiento todas las cláusulas, pero siempre dentro del todo unitario que forma ese negocio.

Además, la idea de que la interpretación conservadora actúa, única y exclusivamente, respecto de una o varias cláusulas negociales puede convertirse en una perversión teórica de difícil explicación. Quizás lo más lógico sea defender que el principio de conservación tiene un efecto bidireccional: actúa respecto las cláusulas negociales y, a su vez, sobre el conjunto del negocio<sup>72</sup>.

En definitiva ha quedado claro que, para predicar la existencia de un caso de nulidad parcial en un determinado contrato, debe apostarse por la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, frente a una rígida concepción de la unidad del

---

<sup>70</sup>A juicio de PALOMEQUE LÓPEZ, “la redacción de la norma del art. 1.284 Cc, abunda en torno a la palabra ‘cláusula’, a la que vienen referidos los efectos de la interpretación conservadora. De ahí que pueda plantearse si el principio de conservación actúa únicamente respecto de una o varias cláusulas negociales o lo hace, asimismo, respecto del propio negocio en su conjunto”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit. p. 41.

<sup>71</sup>Cfr. CANO MATA, A. “La interpretación de los contratos civiles” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fascículo I, 1971, pp. 193 y ss.

<sup>72</sup>En sentido, PALOMEQUE LÓPEZ ha señalado que “(...) sostener que una interpretación que excluyera la aplicación del principio a negocio en su conjunto habría de suponer, ciertamente, una desviación de la causa que inspira dicho precepto hermenéutico. Distinción que, por otra parte, carece de razón de ser, siendo sus consecuencias prácticas poco deseables al atentar contra el fundamento unitario el instituto”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit. p. 42.

contrato. Puede concluirse que el primero de los presupuestos es la visión flexible de la concepción unitaria del contrato.

### *2.1.2. El contrato como presupuesto para la nulidad parcial. Casos excluidos*

El segundo de los elementos es la existencia de un negocio jurídico y, de forma más concreta, de una relación contractual. Resulta obvio que debe existir alguna estructura jurídica, por mínima o sencilla que sea, para que pueda predicarse de ella un supuesto de nulidad parcial.

La existencia y, particularmente, la identificación de una relación contractual no resulta tan sencilla como apriorísticamente puede parecer, sobretodo por la dudosa naturaleza jurídica de alguna figura del Derecho Civil español. Sirva, como un mero ejemplo entre tantos otros, el caso de la donación cuya naturaleza jurídica ha estado sometida, de forma casi constante, a un eterno debate sobre su posible carácter contractual<sup>73</sup>.

Así, una vez superadas las disquisiciones en torno a la concepción unitaria del contrato en conexión con la nulidad parcial cabe plantearse si ésta puede predicarse de cualquier negocio jurídico. Son varias las razones que invitan a pensar que la nulidad parcial debe estudiarse y, consecuentemente, limitar su aplicación, estrictamente y en términos generales, a los contratos.

En primer lugar, porque, como sucede con el ejemplo de la donación, existen negocios jurídicos de difícil determinación en cuanto a su naturaleza se refiere. Hacer una teoría general sobre la nulidad parcial, aplicable a todos los negocios jurídicos e independientemente de la categorización de éstos, puede resultar un tanto osado dada la dificultad que presenta su estudio.

Esta circunstancia hace que cualquier teorización sobre la nulidad parcial válida para cualquier negocio jurídico pueda adolecer de cierta abstracción o de algún razonamiento

---

<sup>73</sup>Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica” en *Revista de Derecho Privado*, vol. 55, nº 8, 1971, pp. 803-820; RUBIO TORRANO, E. “¿Es la donación un contrato?” en *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 2, 2003, pp. 1889-1892.

un tanto contradictorio. En todo caso, el propósito de este estudio es el análisis de la nulidad parcial circunscrita exclusivamente a los contratos. Todo ello viene motivado porque la normativa civil vigente permite su perfecta identificación y la de sus elementos, así como una indubitada concepción sobre su naturaleza y régimen jurídico.

Bien es cierto que existen otros negocios jurídicos de los que, aun careciendo de naturaleza contractual, se ha predicado su nulidad parcial como ocurre, a modo de ejemplo, con el testamento<sup>74</sup>. Dada esta situación, lo más conveniente puede ser que el contrato sirva como arquetipo de negocio jurídico que puede adolecer de nulidad parcial, sin perjuicio de que existan otros de diferente naturaleza de los que también se pueda predicar una parte nula.

Tema interesante se plantea respecto de las denominadas relaciones contractuales atípicas o innominadas. Evidentemente, esta problemática no se plantea en los contratos típicos recogidos en el Código Civil o en cualquier otra regla del mismo espectro normativo. El interrogante que se cierne sobre este asunto es determinar si en aquellos contratos atípicos o innominados se puede dar un caso de nulidad parcial.

La principal diferencia existente entre los negocios jurídicos de otra naturaleza –siguen sirviendo como ejemplos, la donación o el testamento– y los contratos atípicos o innominados es su propia configuración<sup>75</sup>. Mientras los primeros tienen una identidad más propensa a la duda y, por ende, a la disquisición académica, los segundos tienen naturaleza contractual, con independencia de que no exista una norma en la que se clarifique su denominación o régimen jurídico.

Se puede concluir, expresado en términos generales, que lo más adecuado es circunscribir la teoría sobre la nulidad parcial a los contratos. Esta idea debe extenderse también tanto a los que se consideran típicos como a los conocidos, doctrinal y jurisprudencialmente, como contratos atípicos o innominados.

---

<sup>74</sup>Cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, I. *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 195 y ss.

<sup>75</sup>Cfr. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. “Los contratos atípicos” en *Actualidad civil*, nº 2, 1998, pp. 345-362; GÓMEZ TABOADA, J. “Los contratos atípicos o innominados” en *Revista jurídica del notariado*, nº 61, 2007, 161-202.

No debería ser así con el resto de los negocios de naturaleza jurídica dudosa o no suficientemente clarificada. En este caso, lo más prudente sería individualizar el análisis de cada negocio o acto jurídico y observar si puede adolecer de nulidad parcial, es decir, abordar el fenómeno de forma más bien casuística.

Ello no significa, ni mucho menos, que todos los estudios doctrinales tendentes a componer una teoría más general sobre la nulidad parcial carezcan de rigor o de la solidez necesaria<sup>76</sup>. Se trata pues de una mera y sana divergencia de ópticas –más o menos generalista, más o menos casuística– a la hora de valorar el fenómeno en cuestión.

Una vez ha sido estudiado el principio de conservación y la existencia de una relación contractual, procede hacer alguna consideración sobre el contenido y alcance del último elemento que compone el marco jurídico-técnico de la nulidad parcial. Este tercer factor se fundamenta en la observación de algún indicio de invalidez cuyo alcance sea, cuantitativa y cualitativamente, limitado o relativo; es decir, que no se viera afectada la totalidad del contenido del contrato. Constituye, por consiguiente, una operación de elevada complejidad.

La regulación de la nulidad en el Derecho Civil español aparece recogida, bajo la rúbrica “De la nulidad de los contratos”, en el Capítulo VI, del Título II, del Libro IV del Código Civil. Hay dos circunstancias a considerar sobre el conjunto de reglas civiles que tienen impacto sobre ello.

Por un lado, existe una importante dispersión normativa sobre el régimen de nulidad, anulabilidad, inexistencia y rescisión. El legislador parece querer agrupar todos los preceptos en un mismo bloque normativo, aunque, a la vista de los resultados, con escaso éxito. Aparte de lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código existen otras normas que regulan algún aspecto relacionado, directa o indirectamente, con la nulidad<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup>Cfr. GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. “La nulidad parcial de los negocios jurídicos” en *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, 1962, pp. 358 y ss.; PALACIOS MARTÍNEZ, E. “Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 38, 1998, pp. 41-57.

<sup>77</sup>Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “La nulidad de los contratos” en *Derecho contractual contratado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Sixto Sánchez Lorenzo), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 549-590.

A modo de ejemplo y sin ánimo de conformar un elenco exhaustivo, los artículos 1.256, 1.259, 1.260, 1.261, 1.266, 1.267 o 1.270 del Código Civil refieren también alguna disposición sobre la validez contractual sin contar, por supuesto, con las normas específicas de cada contrato en particular. Esta circunstancia complica, por motivos obvios, el estudio de una categoría tan importante para el Derecho Privado como es la nulidad.

De otro, es palpable la confusión terminológica en la que, absurda y reiteradamente, incurre el Código Civil. Situación que, por otra parte, no ha sido tratada de forma adecuada por la propia jurisprudencia. Diferentes y numerosos pronunciamientos han seguido empleando unos términos confusos y el uso indistinto entre los conceptos de nulidad o anulabilidad<sup>78</sup>, lo cual ha complicado también el estudio de esta materia.

La nulidad parcial de un contrato debe descartarse en aquellos supuestos en los que falte alguno de sus requisitos esenciales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil (“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes; 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º. Causa de la obligación que establezca”)<sup>79</sup>. Ello supone que no puede defenderse, en

---

<sup>78</sup>Como muy acertadamente señala DE VERDA Y BEAMONTE, “el Código civil español no establece la distinción entre las nociones de ‘nulidad’ y de ‘anulabilidad’, sino que dicha distinción es obra de la doctrina científica y de la jurisprudencia, ya que el Código, unas veces, utiliza la expresión genérica de ‘invalidez’ y, otras, habla de ‘nulidad’. Sin embargo, no emplea dicho término en su acepción técnica, sino que con él designa claros supuestos de anulabilidad: así sucede con el artículo 1265, según el cual: ‘será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo’”. Según la concepción dominante entre los autores, la diferencia contractual entre ambas categorías radica en lo siguiente. El contrato nulo no produce, en ningún momento, los efectos jurídicos que le son propios, es absolutamente inválido desde su celebración. Por ello, la sentencia que, en su caso, constate la nulidad de un contrato será meramente declarativa de la misma. Por el contrario, el contrato anulable tiene una eficacia claudicante, lo que significa que, en principio, produce sus efectos, si bien la plena consolidación de éstos se supedita a que no recaiga de una sentencia que lo anule, pues recaída ésta, habrá que considerar que el contrato fue inválido desde su celebración. Se dice que, en este caso, la sentencia no es declarativa de la anulabilidad, sino constitutiva, de modo que es un presupuesto de este tipo de invalidez: sin sentencia, no hay anulación posible. En realidad las consecuencias prácticas de la nulidad y la anulabilidad, una vez recaída la sentencia constitutiva de ésta, son semejantes, esto es, la inexigibilidad de las prestaciones o la restitución de las mismas, si el contrato hubiera sido ejecutado, según dispone el artículo 1302 CC. Esta asimilación de las consecuencias prácticas de la nulidad y de la anulabilidad parece correcta, ya que, en definitiva, no parece existir gran diferencia entre contrato inválido ‘ab initio’ y un contrato, que, si bien es originariamente válido, sin embargo, acaba por no serlo, retrotrayéndose los efectos de la sentencia de anulabilidad al momento de su celebración. Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento” en *La terminación del contrato* (dir. José Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 41-42.

<sup>79</sup>Cfr. GALICIA AIZPURÚA, G.H. “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español” en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 26, 2018, pp. 142-175; MARÍN LÓPEZ, M.J. “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato” en *Tratado de contratos*, (coord.

ningún caso, que exista un supuesto de nulidad parcial si en la relación contractual falta alguno los requisitos legalmente establecidos.

Sobre este punto se cierne un debate, bastante arraigado en la doctrina y la jurisprudencia españolas, en torno al concepto de inexistencia y su posible distinción con la nulidad. Se trata, sin duda alguna, de un tema que reviste gran interés para el Derecho Civil. Sin embargo, su estudio excede el objeto de la presente tesis doctoral.

En todo caso, sí puede resultar conveniente hacer algún sobre la cuestión. A mi juicio, la defensa de la coexistencia de dos categorías independientes –inexistencia y nulidad– puede adolecer de cierta esterilidad<sup>80</sup>. En este sentido, la inexistencia y la nulidad tendrían idénticos efectos en la práctica. Por tanto, la virtual distinción tendría trascendencia únicamente desde la perspectiva teórica<sup>81</sup>.

Asimismo, como argumento en favor del tratamiento conjunto de las categorías de nulidad e inexistencia puede destacarse la posibilidad de establecerse un concepto amplio de nulidad. De hecho, el Tribunal Supremo ha optado, en algunos pronunciamientos, por distinguir la nulidad y la inexistencia –tratándolos como un único concepto, en cuanto a efectos y consecuencias jurídicas– de la anulabilidad<sup>82</sup>. Como es fácil de imaginar, el

---

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves I. Moralejo Imbernón y María Susana Quicios Molina), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 597-746; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Artículo 1261. Requisitos de los contratos” en *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 3, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 626-632.

<sup>80</sup>Cfr. TRAVIESAS, M. “Sobre nulidad jurídica” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 125, Madrid, 1914, pp. 491 y ss.

<sup>81</sup>Como muy bien afirma CLAVERÍA GOSÁLBEZ “(...) a la hora de clasificar los distintos tipos de invalidez (...) en lugar de extraer la clasificación del Código y la jurisprudencia, incorporan a priori a nuestro Derecho positivo las viejas categorías pandectísticas de la *Nichtigkeit* (nulidad) y de la *Anfechtbarkeit* (anulabilidad), a las que, para que nada quede por incorporar, añaden a categoría francesa denominada inexistencia, haciendo decir a nuestro legislador de 1888 cosas que tal vez le habrían sorprendido y creado un conceptualismo desacorde con la correcta solución de los conflictos de intereses”. Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *La confirmación*, op. cit., p. 25.

<sup>82</sup>En las SSTs de 29 de abril de 1986 y 24 de febrero de 1992 se incide en la identidad de los efectos de la inexistencia y la nulidad absoluta al afirmar que “es doctrina reiterada de esta Sala [sentencias de 7 de octubre de 1967 (R.A., 1957, 2854), 7 de enero de 1964 (R.A., 1964, 118), 23 de octubre de 1973 (R.A., 1973, 3805), 22 de noviembre de 1980 (R.A., 1983, 6492), 17 de junio de 1986 (R.A., 1986, 3554), 22 de septiembre de 1989 (R.A., 1989, 6351)] que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del art. 1303 del Código Civil, habiendo declarado la Sentencia de 18 enero 1904 que ‘corroboraba este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o

tema no es, ni mucho menos, pacífico en la doctrina al existir voces que defienden la existencia de diferencias entre la inexistencia y la nulidad<sup>83</sup>.

El contrato también será nulo de pleno derecho y, por tanto, no susceptible de incurrir en una nulidad parcial si no se materializa la observancia de las formalidades prescritas con carácter de requisito esencial, como así lo establecen los artículos 1.278 a 1.280 del Código Civil y el resto de las reglas específicas de cada contrato en particular.

Igual sucede con lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, cuando establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Se trata en este caso, dada su redacción, de una regla más general y cuyo nivel de impacto es más amplio.

En todos estos supuestos analizados no cabe profundizar sobre la posible nulidad parcial del contrato. Existe una norma que regula, imperativamente, las consecuencias del incumplimiento de la previsión legal, bien de forma más general (art. 6.3 CC), bien de forma más específica (arts. 1.261 y ss. CC): la nulidad de pleno de derecho, con los efectos consabidos y anteriormente expresados en el epígrafe dedicado al estudio de esta categoría.

### *2.1.3. La ausencia de regulación de la nulidad parcial en el ordenamiento jurídico español. La influencia del Derecho Comparado*

El legislador español no ha incorporado ningún precepto del cual se desprenda una definición clara y precisa de la categoría de nulidad parcial, lo que añade, por evidentes

---

inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad’, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [sentencia 10 de junio de 1952 (RLA., 1952, 1255)], por el cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio ‘iura novit curia’, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (sentencia 22 de noviembre de 1983)”. Cfr. SSTS de 29 de abril de 1986 y 24 de febrero de 1992.

<sup>83</sup>Cfr. GRIMALT SERVERA, P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de anulabilidad*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 5-21; RAMÓN FERNÁNDEZ, F. *Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español*, op. cit., pp. 71 y ss.; SANTOS BRIZ, J. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, op. cit., pp. 195-196.

motivos, cierta complejidad tanto a su estudio meramente teórico como a su aplicabilidad práctica.

Bien es cierto que existen diferentes normas de Derecho Privado sumamente dispersas que hacen referencia a la nulidad parcial contractual. Sirvan, como meros y puntuales ejemplos, los artículos 1.260, 1.238 o 1.476 del Código Civil, así como también el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 14 de la Ley General de Publicidad o el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Se puede intuir una alusión al fenómeno de la nulidad parcial y, en consecuencia, una liviana voluntad legislativa de apostar por esta solución jurídica en aquellos supuestos contractuales en los que conviven cláusulas adolecentes de nulidad y otras perfectamente válidas<sup>84</sup>.

En otros ordenamientos jurídicos sí existe alguna norma, de carácter general, que contempla la nulidad parcial como categoría propia en la esfera iusprivatista<sup>85</sup>. Así, el artículo 1.419 del *Codice Civile* italiano dispone que *“la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita*

---

<sup>84</sup>Como afirma VEGA CLEMENTE, “aunque en nuestro código civil no existe un precepto general, no hay de que de numerosas disposiciones concretas puede llegarse a establecer un principio general favorable a la nulidad parcial, en el sentido de que no repugna al concepto de negocio el que éste se mantenga en parte o no en su totalidad, y a afirmar la regla general favorable a la presunción de nulidad parcial, salvo que la parte alegue su nulidad total pruebe que sin el pacto o cláusula el negocio no puede cumplir el fin empírico perseguido. El reclamo del principio general de conservación del negocio da todavía más consistencia a estas afirmaciones”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. “El negocio jurídico: invalidez e ineficacia” op.cit., p. 228.

<sup>85</sup>A este respecto, CASANUEVA SÁNCHEZ afirma que “de hecho no hay un tratamiento unívoco de la nulidad parcial en el Derecho comparado: lo normal es una situación de incertidumbre jurídica que se deja ver a través del planteamiento de la duda de si debe optar por el mantenimiento del negocio o por su desaparición. La respuesta a este dilema será el tratamiento que se le de a la nulidad parcial por el ordenamiento de que se trate, el cual, desde su planteamiento, debe tender a evitar soluciones que conduzcan a enriquecimientos o empobrecimientos injustos por alguna de las partes: por ello las generalizaciones son peligrosas y es complicado, o imposible bajo las premisas que barajamos a juzgar por la ausencia de una solución de carácter general al problema, dar con el común denominador aplicable todo supuesto de este tipo, sin referencia a la voluntad y a los proyectos de las partes. Por el momento, lo único que se puede recomendar es recurrir al principio de la buena fe, para así evitar efectos no deseados como consecuencia de la aplicación (o no) del régimen de la nulidad parcial. Cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, I.C. *La nulidad parcial del testamento*, op.cit., p.68.

*dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*”<sup>86</sup>.

Conviene, dada la taxatividad del tenor literal del precepto italiano, hacer alguna consideración que pueda servir de apoyo a efectos de configurar un concepto de nulidad parcial para el Derecho Civil español. Comienza esta regla del *Codice* señalando que “la nulidad parcial de un contrato o la nulidad de alguna cláusula particular origina la nulidad del contrato entero (...)”. De entrada, sorprende la inclinación del legislador por extender la nulidad de una de las cláusulas a la totalidad de la relación contractual.

En una primera lectura, parece que quiere abogarse, como regla general, porque la nulidad parcial acabe desembocando en una nulidad total o absoluta del contrato en cuestión. Si bien, esto puede ser fruto de una mejorable –y habitual– técnica legislativa consistente en establecer, en primer lugar, una regla general y, a continuación, sus correspondientes excepciones.

Así se intuye que sucede en la regulación italiana. Ello produce, en la práctica y en último término, que la regla general carezca de auténtica virtualidad en detrimento del resto de excepciones previstas por el legislador. Por tanto, se puede concluir que el legislador italiano tiene la verdadera intención de admitir y proteger la nulidad parcial.

Buena prueba de ello es la propia redacción de este artículo que, tras establecer la antedicha generalidad, introduce que la nulidad de una estipulación contractual provoca la nulidad total “si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte que resulta afectada de nulidad”<sup>87</sup>.

Cabe destacar que en términos muy similares se encuentran redactados los artículos 292 del Código Civil portugués y el artículo 20 del Código suizo de obligaciones, frente al

---

<sup>86</sup>Cfr. CONSOLO, C. “Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice” en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, n° 1 extra, pp. 7-57; MONTICELLI, S. “Considerazione in tema di nullità parziale, regole de comportamento e responsabilità del notaio” en *Rivista di Diritto Privato*, n°4, 2009, pp. 103-121; RAMPAZZO, N. “Parziale validità de negozio o nullità de una sua parte?” en *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, n° 36, 2008, pp. 299-320.

<sup>87</sup>Cfr. CRISCUOLI, G. *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 120 y ss.; ROPPO, E. “Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede” en *Rivista di Diritto Civile*, 1971, pp. 686 y ss.

vacío normativo existentes en ordenamientos como el español o el francés, circunstancia común que evidencia la inspiración francesa de nuestro Código<sup>88</sup>. Circunstancia llamativa y que, sin embargo, no sucede, en otras ramas del ordenamiento jurídico de la órbita iusprivatista como, por ejemplo, ocurre con las normas reguladoras del Derecho Laboral<sup>89</sup>.

Constituye, aparentemente, una primera excepción. Su principal consecuencia es que si una de las cláusulas que conforman el contenido del contrato adolece de nulidad se produce y extiende a todo el contrato en su conjunto. Hay, a su vez, un par de importantes matices dignos de mención y explicación.

El contrato pervivirá si los contratantes hubiesen celebrado el contrato, con independencia de la cláusula afectada por la nulidad; es decir, se establece una presunción

---

<sup>88</sup>A este respecto, LÓPEZ FRÍAS indica que “no existe en nuestro Código civil, como tampoco en el Código francés, una norma que con carácter general regule la cuestión de que nos ocupamos. El legislador español no ha recogido entre las normas reguladoras de la ineficacia del contrato un precepto que proporcione un criterio general para solucionar la disyuntiva entre la subsistencia o la invalidez del negocio en el supuesto de que éste sea nulo parcialmente. Y ello, a diferencia de lo que ocurre desde ya muchos años en otros Ordenamientos de nuestro entorno. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A.M. “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fascículo III, 1990, pp. 852-853.

En este mismo sentido, ÁLVAREZ LATA pone de manifiesto que “todo lo contrario acontece en países como Alemania, Italia o Portugal donde la nulidad parcial se regula en los Códigos civiles como sanción general. Véase al respecto el § 139 BGB; el art. 1419 del C. civ. italiano; el artículo 292º del Código civil portugués. Sin embargo, al igual que nuestro sistema, el Derecho francés común tampoco regula expresamente la figura, aunque tal ausencia no ha sido óbice para su aceptación como sanción de vocación general. La doctrina, apoyándose en el art. 1172 del *Code* (equivalente a nuestro art. 1116), hizo extensiva la solución de nulidad parcial de las condiciones prohibidas por el ordenamiento jurídico a las cláusulas viciadas de nulidad en un contrato. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op. cit. p. 43.

Por su parte, EGUSQUIZA BALMASEDA advierte que “el Código Civil español fue tributario de la doctrina francesa, doctrina que con posterioridad se manifestó superada ante la elaboración que en la tradición alemana se llevó a cabo sobre las nulidades, plasmada en el Código Civil alemán, BGB, y la síntesis que de una y otra corriente se efectuó en el *Codice* italiano de 1942. Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 15.

<sup>89</sup>Como señala PALOMEQUE LÓPEZ “la institución de la nulidad parcial del negocio jurídico (“utile per inutile non vitiatur”) es acogida directamente en el ámbito del contrato de trabajo a través de la norma contenida en el párrafo 1º. del art. 10 LCT, a cuyo tenor, 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 a su legitimidad’. Consagración legislativa que, por otra parte, presenta singular notoriedad en relación con la regulación adoptada al respecto por el Código Civil, cuyo articulado carece de norma general alguna sobre nulidad de parte del negocio, bien que su presencia se observe en particulares supuestos normativos”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, C. op.cit., p. 71.

legal<sup>90</sup>. Se entiende que las partes tenían voluntad de contratar a pesar de la existencia de una parte nula. Lo dispuesto en este precepto italiano está previsto solo para los contratos, aunque también despliega sus efectos respecto a los negocios unilaterales *inter vivos* patrimoniales<sup>91</sup>.

Especial mención merece también la regulación de la categoría de nulidad parcial en el Derecho Civil alemán ya que, junto con las normas civiles italianas, constituye dos de los ordenamientos jurídicos que la positiviza en sus reglas de Derecho Privado. El párrafo 139 del *Bürgerliches Gesetzbuch* establece que “*ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde*”.

El Derecho Civil alemán ha tratado de ofrecer una respuesta general y unitaria sobre la nulidad parcial. En este caso y a diferencia de lo que sucede con la normativa italiana, el alcance del precepto trata de ser, en principio, más amplio ya que resulta aplicable a todos los negocios jurídicos.

Sin embargo, el legislador alemán, en una técnica legislativa discutible, introduce una norma especial en materia testamentaria en el párrafo 2.085. Su contenido parece ser, en un principio, contradictorio con lo dispuesto en el párrafo 139 relativo a la nulidad parcial del negocio jurídico.

A este respecto resulta necesario realizar alguna reflexión sobre la posible contradicción entre ambos párrafos, así como un sucinto análisis comparativo entre la norma italiana y la norma alemana. El párrafo 139 dispone que “si una parte de un negocio jurídico es

---

<sup>90</sup>Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: artículos 1214 a 1253 del Código Civil*, tomo XVI, vol. II, Edersa, Madrid, 1991, pp. 606-795.

<sup>91</sup>Como señala GÓMEZ DE LA ESCALERA, “en el sistema italiano (...) se presume que los contratantes (...) quisieron el contrato a pesar de la parte nula. Quien pretende la nulidad parcial deberá probar que no se quiso el contrato sin la parte o cláusula que deviene nula. En ambos casos, el problema se resuelve mediante una presunción legal, o más exactamente, mediante el establecimiento de una verdad interina o provisional, sobre la intención del autor o de las partes del negocio que se traduce en una norma legal sobre distribución de la carga de la prueba sobre la voluntad hipotética o presumible de las partes”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, p. 77.

nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula”<sup>92</sup>.

No parece que exista una clara diferencia entre la regla italiana y la alemana, por lo menos en cuanto a la admisión de la nulidad parcial se refiere. Si bien, hay una clara diferencia en la interpretación sobre la voluntad de las partes<sup>93</sup>. El ordenamiento jurídico alemán se muestra más rígido. Debe probarse la validez en función de la voluntad favorable de los intervinientes aun existiendo la parte nula<sup>94</sup>.

Respecto a la relación entre los párrafos 139 y 2.085, aparentemente contradictorios, cabe señalar que debe regir entre ellos el principio de especialidad. El párrafo 2.085, previsto para regular las disposiciones testamentarias, estipula que “la ineficacia de una de las varias disposiciones contenidas en un testamento sólo tiene por consecuencia la ineficacia de las restantes disposiciones si ha de entenderse que el causante no habría adoptado éstas sin la disposición ineficaz”.

Se puede observar como la previsión legislativa alemana para los negocios testamentarios parece inclinarse por una postura más favorable a la nulidad parcial que lo dispuesto en

---

<sup>92</sup>Cfr. FLUME, W. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts. Das rechtsgeschäft*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York-Tokio, 1979, p. 570; FUENTESECA DEGENEFTE, C. *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, 2012, pp. 123-126.

<sup>93</sup>Como analiza LÓPEZ FRÍAS, “en el Derecho extranjero existen al respecto dos soluciones distintas: mientras el párrafo 139 del BGB exige que quien alegue la nulidad parcial pruebe la voluntad de las partes en el sentido de la conservación del contrato, el artículo 1.419.1 del Código civil italiano presume la existencia de una intención en tal sentido, salvo que se demuestre lo contrario. En nuestro Ordenamiento, en ausencia de una norma que se pronuncie sobre el tema, ha de resolverse la cuestión atendiendo a los principios generales. De nuevo tenemos que referirnos al principio de conservación del negocio (...). Ahora este principio no tiene su apoyo en la ley, sino en la voluntad de los contratantes, los cuales, presumiblemente, preferirán que la finalidad negocial perseguida se realice, aunque no surta efecto alguno de los acuerdos incluidos en el contrato. Ello está conectado con el principio de economía jurídica, que informa numerosos preceptos, no sólo del Código civil, sino del Derecho español en general. Se trata de evitar el coste económico y jurídico que supondría para las partes la celebración de un nuevo contrato (...). Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A.M. op.cit., pp. 863-864.

<sup>94</sup>Como indica GÓMEZ DE LA ESCALERA, “como se ve, no es que en el sistema alemán se niegue la nulidad parcial y en el italiano se admita, simplemente, la voluntad de las partes en orden a la figura se aprecia de forma distinta. En el sistema alemán se presume que el autor o las partes del negocio (ya que el párrafo 139 BGB se refiere, en principio, a toda clase de negocios jurídicos), no quisieron el negocio sin que la parte que resulta nula. Quien sostenga la validez del negocio deberá, por tanto, probar que se quiso el negocio aun sin la parte nula”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op. cit., p. 76; CASELLA, M. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 29.

el párrafo 139. Este último se erige como regla general de la nulidad parcial, aplicable a toda clase de negocios jurídicos.

Si bien, en el *Bürgerliches Gesetzbuch* se introduce una norma especial en el párrafo 2.085 para el negocio testamentario que, por sus singularidades, debe tener a juicio del legislador germano un tratamiento normativo diferenciado. Por tanto, lo dispuesto en términos generales para todos los negocios jurídicos se ve matizado por una regla específica para los negocios testamentarios sin incurrir, por ende, en contradicción alguna.

Las normas de otros ordenamientos jurídicos, especialmente el italiano y el alemán, sobre la nulidad parcial del contrato constituyen la génesis de la conceptualización y normativización de esta categoría<sup>95</sup>. Todo ello, teniendo muy presentes también los elementos que componen su marco jurídico, coadyuva a la configuración de un concepto sobre la nulidad parcial en clave nacional.

#### *2.1.4. La noción de nulidad parcial contractual*

La nulidad parcial puede definirse como una categoría o fenómeno de invalidez y, por tanto, de ineficacia relativa en el ámbito contractual. Dicha nulidad se encuentra motivada y circunscrita a una o varias cláusulas –disposiciones, pactos o estipulaciones– del contenido del contrato contrarias a una norma imperativa o ajenas a los límites de la autonomía de la voluntad, mientras el resto de la relación contractual se mantiene válida y eficaz<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup>Sobre esta circunstancia, VEGA CLEMENTE indica que “algunos Códigos modernos, como el alemán y el italiano (1.419), aparte de otros preceptos referidos a casos concretos, formulan, en líneas generales, modificando su enunciación romana, el expresado principio, disponiendo que la nulidad parcial de un negocio jurídico o la nulidad de cualquiera de sus cláusulas supone la nulidad total del negocio cuando resulta que los contratantes no lo hubieran efectuado sin aquella parte de su contenido que resulte viciada”. Cfr. VEGA CLEMENTE, V. op.cit., p. 229.

<sup>96</sup>Son múltiples las definiciones de diferentes autores sobre el concepto de nulidad parcial. GÓMEZ DE LA ESCALERA la define como “un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op. cit., p. 47.

Por su parte, PALACIOS MARTÍNEZ opina que “la nulidad parcial debe ser conceptualizada como una de las técnicas de sanatoria de negocio jurídico, que implica una conminación limitada específicamente a contenido negocial afectado por la nulidad, es decir, la afectación cuantitativamente restringida de la

Como resulta lógico esta primera aproximación conceptual es susceptible de numerosas consideraciones y matices que, a continuación, tratarán de ser expuestos con la mayor claridad expositiva posible. Para ello, se procederá a realizar una exégesis a partir de la definición aportada<sup>97</sup>. Es, por tanto, el punto de partida para analizar los diferentes problemas conceptuales que surgen en torno a la nulidad parcial contractual.

Cabe señalar, a importantes efectos aclaratorios, que fuera de este concepto de nulidad parcial quedan aquellos supuestos como el de la anulabilidad parcial o de la rescisión, independientemente de aquellas notas características que puedan compartir<sup>98</sup>. Excluidos de este marco quedan también aquellos casos en las que nulidad parcial no se derive de

---

nulidad sólo al contenido afectado por ello; en suma, circunscribir la nulidad y sus consecuencias, concretamente a la parte de la reglamentación negocial que la motiva y justifica”. CFR. PALACIOS MARTÍNEZ, E. op. cit., p. 45.

Para VEGA CLEMENTE, “la invalidez parcial –como ella la denomina– tiene características especiales, dentro de la nulidad, la que opera, no sobre todo el negocio, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal. Se rige por el antiguo aforismo *utile per inutile non vitatur* (D. 36, I, 15), que responde al principio de la conservación de la voluntad negocial. El negocio puede contener, a la vez, declaraciones o cláusulas válidas y otras nulas o anulables. Para que la cuestión pueda plantearse es preciso que en la composición del negocio entren prestaciones y estipulaciones diversas, en pie de igualdad o no afectando el vicio o defecto a la principal”. VEGA CLEMENTE, V. op.cit., pp. 227-228.

En relación con este asunto, BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA entiende que “puede suceder que solamente alguna de las cláusulas de un contrato sea nula (...) por diversas razones: contravenir una norma imperativa o prohibitiva, traspasar los límites de la autonomía privada o recaer exclusivamente sobre ella un vicio de la voluntad o por otras razones. Evidentemente, el contrato constituye una unidad no obstante la nulidad puede afectar solamente a una parte del mismo, cumpliendo la finalidad buscada por las partes mediante la declaración de nulidad (...) de la cláusula o cláusulas ineficaces. Cfr. BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA, C. *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 335.

<sup>97</sup>La doctrina civilista española ha abordado de forma somera el estudio de esta figura, consistiendo toda la producción científica relativa a la categoría de la nulidad parcial a un conjunto de obras generales y con escaso número de monografías, realizadas eso sí por grandes autores de la órbita iusprivista nacional. Cfr., por ejemplo, ALBALADEJO, M. *Derecho civil*, tomo I, vol. 2º, Edisofer, pp. 468 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*, op. cit., p. 945; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit., p. 305; LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2º, Dykinson, Barcelona, 1987, pp. 373 y ss.

<sup>98</sup>Discrepo en la consideración de VEGA CLEMENTE, por oscura desde el punto de vista terminológico y técnico, cuando afirma que “muy afín a estas figuras es la *reducibilidad*. Esta es, como indica De Diego, una anulabilidad parcial en sus efectos, que deja válido y eficaz el acto en los límites de poder dispositivo de que se excedió el agente (por ejemplo reducción de donaciones y legales). Cfr. VEGA CLEMENTE, V. op. cit., p. 229.

la infracción de una norma imperativa o los límites de la autonomía privada<sup>99</sup>, que vuelve a erigirse como un elemento clave<sup>100</sup>.

Una primera cuestión sumamente relevante es determinar si la nulidad parcial es, como se defiende, una categoría o fenómeno autónomo o una subcategoría dentro del fenómeno de la nulidad de los contratos. La nulidad parcial presenta los mismos efectos que la nulidad total, si bien circunscritos a una parte del contrato y no a su totalidad<sup>101</sup>.

Sin embargo, la consideración de la nulidad parcial como una subespecie o modalidad de menor alcance, en términos cuantitativos, frente a la conocida como nulidad “total, completa o absoluta” puede resultar una concepción poco fiable y, hasta cierto punto, algo incompleta. En este sentido, tratar de contraponer nulidad parcial frente a nulidad total deja fuera de su estudio conceptual aspectos tan trascendentales como su verdadera finalidad, la función sociojurídica que cumple y su auténtico fundamento<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>Sobre esta cuestión, GÓMEZ DE LA ESCALERA realiza un ejercicio delimitador muy clarificador al afirmar que “quedan, por tanto, fuera de nuestro análisis aquellos supuestos de ineficacia parcial que revistan la forma de la anulabilidad parcial o de la rescisión parcial, sin perjuicio de que muchas de las afirmaciones que sostengamos sobre la nulidad parcial puedan aplicarse, *mutatis mutandi*, a estos otros regímenes de ineficacia, especialmente cuando se trate de la anulabilidad parcial. Además, estudiaremos únicamente la nulidad parcial que tiene su origen en la infracción de los límites de la autonomía privada, y no la que provenga de otras causas como, por ejemplo, la que pueda derivar de la destrucción parcial del objeto del contrato (Cfr. art. 1.460II), o aquella que podría presentarse cuando sólo en parte el objeto del contrato reúna los requisitos legales de determinabilidad, licitud y de existencia o posibilidad (arts. 1.271 a 1.273)”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., pp. 47-48.

<sup>100</sup>Cfr. CASTRILLO SANTOS, J. “Autonomía y heteronomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, 1949, pp. 565-605; Díez-PICAZO, L. “A vueltas con la autonomía privada en materia privada” en *Diario La Ley*, nº 7765, 2011; VAQUERO LÓPEZ, M.C. “Autonomía de la voluntad y normas imperativas” en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (dir. Sixto Sánchez Lorenzo), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 893-934.

<sup>101</sup>Se mantiene, por algún autor, la idea de que la nulidad parcial presenta las mismas notas características que la nulidad “total o absoluta”, así GÓMEZ DE LA ESCALERA expone que “la nulidad parcial constituye un supuesto de ineficacia parcial que se organiza conforme al régimen normativa de la nulidad. Se trata, en consecuencia, de una ineficacia parcial caracterizada por ser una ineficacia estructural (invalidéz), automática o de pleno derecho, absoluta o erga omnes, originaria o ex tunc, y definitiva o insubsanable”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., p. 46.

<sup>102</sup>“Esta forma de entender la nulidad parcial –afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA–, que mira sólo al alcance ‘cuantitativo’ de sus efectos negativos o de no-eficacia, concibiéndola como una ineficacia de menor grado o de menos extensión que la nulidad total, no refleja, sin embargo, la verdadera naturaleza de la nulidad parcial. Estudiar la nulidad parcial contraponiéndola a la nulidad total supone atender exclusivamente a los efectos, a las consecuencias de la nulidad parcial sin detenerse en su esencia y función”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., p. 48.

Evidentemente la nulidad no deja de integrar, ya sea parcial o total –absoluta, completa o como libremente quiera denominarse– todos los efectos propios de la invalidez. Por tanto, en el plano de la eficacia sustantiva las consecuencias son, por supuesto, idénticas. La nulidad parcial lo es de pleno derecho, con efectos *erga omnes* y *ex tunc*, es decir, con las mismas notas características que la nulidad total: la nulidad es sinónimo de invalidez, al margen de su impacto cuantitativo.

Desde el punto de vista práctico ello supone que la nulidad identificada como parcial no implica una sanción civil de menor impacto que la nulidad conocida como total, completa o absoluta, por lo menos en términos cualitativos. Resulta evidente que, en términos cuantitativos, la diferencia existe, mas no constituye, en modo alguno y por raro que parezca, el principal contraste entre ambas<sup>103</sup>.

El espíritu de la nulidad parcial es completamente distinto al que inspira a la nulidad total. La nulidad parcial, apoyada en el principio de conservación del negocio jurídico, invita a la supervivencia contractual bajo una coexistencia de una parte nula y, por ende, ineficaz y otra parte válida y eficaz. La nulidad parcial busca la protección de la voluntad de las

---

<sup>103</sup>Señala, con solidez y elevado grado de detalle, GÓMEZ DE LA ESCALERA que “si en el plano de los no-efectos no es adecuado catalogar a la nulidad parcial como una nulidad de menor alcance que la nulidad total, tampoco resulta correcto calificarla como sanción civil de inferior gravedad que la nulidad total. Ni ésta es la reacción más grave que prevé el ordenamiento para los actos de autonomía privada que infrinjan sus normas, ni tampoco la única posible. La nulidad, sea total o parcial, es, simplemente, una de las sanciones que el ordenamiento impone, sola o acompañada de otras medidas sancionadoras (indemnización de daños y perjuicios, privación de derechos, multa...), para asegurar la prevalencia de sus normas sobre los actos de los particulares. (...) Apriorísticamente la nulidad total puede parecer la sanción o reacción de mayor gravedad que –en el ámbito de la eficacia/ineficacia de los actos o negocios jurídicos– el ordenamiento anuda a los actos que contrarían sus normas, pero esto no siempre es así. En muchas ocasiones, la nulidad parcial, además de ser la única sanción que garantiza el cumplimiento de la finalidad de la norma violada, constituye para su contravención la sanción más grave, intensa y perjudicial con que el ordenamiento jurídico reacciona frente a su comportamiento ilegal, pues conservando la eficacia parcial del acto o negocio le obliga a sufrir los sacrificios derivados del mismo, privándole de alguna de las ventajas previstas al celebrarlo. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., p.49.

En esta misma línea se pronuncian, con mayor o menor grado de intensidad, CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 702 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A. “La nulidad parcial del negocio con precio ilegal” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo I, 1975, pp. 189 y ss.; RUIZ MUÑOZ, C. *La nulidad parcial y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 103.

En aparente otro contrario se pronuncia O’CALLAGHAN al afirmar que “en los negocios inter vivos la nulidad de una parte da lugar, como regla general, a la nulidad total, y como excepción, a la nulidad parcial. Sin embargo, en las cláusulas abusivas se establece en la Ley la regla inversa: la regla general es la nulidad parcial y la regla excepcional, la nulidad parcial. Cfr. O’CALLAGHAN, X. “Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (A la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)” en *Estudios sobre Consumo*, nº 54, 2000, p. 94.

partes, siempre y cuando no se incurra en la vulneración de cualquier límite legal y la nulidad de las disposiciones contractuales no impidan la vigencia del contrato.

En cambio, la nulidad total, absoluta o completa tiene una configuración distinta. Así, pretende extirpar del tráfico jurídico aquellos contratos que no cumplen con los requisitos exigidos legalmente para calificarlos como válidos. Su objetivo es, en último término, garantizar el cumplimiento de las normas de Derecho Privado relativas a la validez y eficacia contractual, eliminando el despliegue de efectos de cualquier negocio jurídico contrario a las reglas del ordenamiento jurídico.

Por tanto y a efectos de establecer una conclusión menos etérea y más concreta, puede afirmarse que la finalidad de la nulidad parcial es de conservación frente al propósito de eliminación que se apodera de la nulidad total, absoluta o completa<sup>104</sup>. Tienen, como puede observarse, una clara y diferente función sociojurídica. La nulidad parcial facilita el tráfico jurídico, sin que las consecuencias –a veces un tanto traumáticas– de la nulidad total entorpezca el desarrollo normal de las relaciones contractuales.

En cualquier caso, no se trata de establecer una especie de comparación sobre la mayor o menor conveniencia de cada categoría. Quizás lo más razonable sea atender, de forma concreta e individual, a las circunstancias de cada caso con el fin de adecuarse, escrupulosamente, a las normas contractuales sobre validez y eficacia, sin que ello pueda suponer la preponderancia de una solución frente a la otra.

Todos estos razonamientos sustentan la idea de que la nulidad parcial constituye una categoría propia, autónoma e independiente dentro del esquema de los regímenes de validez y eficacia que existe en nuestro ordenamiento jurídico<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup>Reflexiona GÓMEZ DE LA ESCALERA que “captar el significado de la nulidad parcial en el marco de las ineficacias negociales exige tener presente que mientras la nulidad total persigue excluir o privar de aquellos actos, contratos o negocios jurídicos que según el ordenamiento no merecen la consideración de tales, la nulidad parcial busca, en cambio, resolver un problema distinto: la compatibilidad, en un mismo acto o negocio, de una parte ineficaz, que como tal no produce efectos, y de otra eficaz, que producirá los efectos negociales correspondientes. La nulidad total pretende solucionar el problema de la eliminación o no consideración en el mundo jurídico del acto o negocio nulo. La nulidad parcial trata de dar satisfacción al problema inverso: la conservación del acto o negocio afectado por la nulidad de parte de su contenido”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., p. 48.

<sup>105</sup>“En definitiva, (...) puede concluirse afirmando que la nulidad parcial constituye una categoría autónoma dentro de la ineficacia negocial, y representa la sanción civil que el ordenamiento jurídico impone al

La nulidad parcial es una categoría cuya autonomía viene determinada por su función, finalidad y fundamento, completamente diferentes todos ellos a la del resto de figuras (anulabilidad, rescisión, inexistencia...) <sup>106</sup>. De hecho, comparte en cuanto a sus efectos notas características con la nulidad total, absoluta o completa sin que ello suponga, o deba hacerlo y como ya se ha explicado, que la nulidad parcial sea una posible subespecie o modalidad de ésta.

Es fácil compartir la idea crítica de que el estudio dogmático de la categoría de la nulidad parcial no ha sido lo suficientemente analizada o que, por lo menos, no se ha examinado de la forma adecuada al no considerar su virtualidad práctica. Cabe reseñar que, pese a su innegable interés dogmático, la nulidad parcial es un fenómeno más que frecuente en el tráfico jurídico habitual <sup>107</sup>.

#### 2.1.5. *Las denominadas clases de la nulidad parcial*

---

contrato que contiene algún pacto o estipulación que rebasa los límites de la autonomía privada, cuando la ineficacia que de ello deriva se organiza conforme al régimen normativo de la nulidad (...). En el plano sistemático, el carácter autónomo de la nulidad parcial, debería conducir a abandonar el plan tradicional de exposición de la nulidad parcial que suele incluir su estudio al tratar de la nulidad. Lo más correcto sería estudiarla aparte, después de la ineficacia negocial en general, en un capítulo dedicado a la ineficacia parcial, como supuesto más importante de la misma”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op.cit., pp. 49-50.

<sup>106</sup>A favor de la consideración de la nulidad parcial como categoría se encuentra también algún autor tanto de la doctrina italiana y italiana como de la española. Así, CRISCUOLI que la considera la nulidad parcial como “la máxima sanción civil con que el ordenamiento jurídico castiga una parte de un supuesto negocial que resulta contraria a los límites impuestos a la autonomía privada, negándole el reconocimiento y la tutela jurídica”. Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 131.

En esta misma línea de pensamiento, cfr. GANDOLFI, G. “Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto” en *Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 217 y ss.; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. op. cit., p. 339; SARACINI, E. “Nullità e sostituzione di clausole contrattuali” en *Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 7; SIMLER, P. *La nullité partielle des actes juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, p. 26.

<sup>107</sup>Como afirma CASANUEVA SÁNCHEZ, “la nulidad parcial es una categoría dogmática de extraordinaria importancia que no ha recibido por parte de la doctrina un estudio crítico adecuado orientado a su aplicabilidad práctica, a pesar de ser de notable interés, no sólo teórico, sino también de utilidad real. Desde el primero, la utilidad de la nulidad parcial reside en la comprensión de la correlación existente entre ella y la nulidad total para así poder conocer bajo qué presupuestos un negocio jurídico creado para producir unos ciertos efectos pueda, a pesar de incurrir en defecto insubsanable una parte de su estructura, conservarse vivo y producir efectos, aunque sean de menor intensidad que los originalmente previstos por las partes. Desde un punto de visto práctico es interesante porque nos va a aportar la opción de ver los casos en que un negocio que no es totalmente nulo no caiga en la sanción de nulidad total y pueda, por tanto, producir los efectos propios de la validez que aún conserve”. Cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, I.C. op.cit., p.68.

Es bastante generalizado en la doctrina que ha estudiado el fenómeno de la nulidad parcial referirse a diferentes clases de esta categoría, haciendo referencia a una especie de clasificación de nulidades parciales conforme a su origen, fundamento o función<sup>108</sup>. A este respecto, puede afirmarse que esta sistematización puede adolecer de cierta falta de ortodoxia y claridad.

En primer lugar, porque se hace una distinción en la propia distinción; es decir, si se defiende la existencia de consiguientes subdivisiones en torno a la nulidad parcial del contrato, su condición de categoría autónoma e independiente de fenómenos como la nulidad total o la anulabilidad se vería profundamente mermada. La nulidad parcial es, por tanto, una categoría en sí misma. Constituye, consecuentemente, un fenómeno unitario y autónomo dadas sus notas características. Esta singularidad impide, en principio, la posibilidad de hacer distinciones de esta naturaleza.

En segundo lugar, cabe plantearse si la terminología más apropiada no sería la de finalidades, orígenes o supuestos de nulidad parcial. La cuestión no es, ni muchísimo menos, baladí ni responde a un razonamiento caprichoso o estrictamente terminológico. La problemática de fondo responde a una teorización que pivota sobre el carácter unitario o no de la nulidad parcial, sobre lo que ya se hizo alguna consideración cuando se examinó todo lo relativo a su concepto.

La defensa de la existencia de una clasificación de nulidades parciales, como subtipos o subespecies de una categoría común, parece dar a entender que se pueden predicar de ellos naturaleza, efectos o régimen jurídico distintos. De ser así, estaríamos hablando de una categoría compleja, cuyo estudio debería afrontarse desde una perspectiva completamente distinta a la seguida hasta este momento. En efecto, la nulidad parcial

---

<sup>108</sup>En relación esta dogmática cuestión, DE CASTRO Y BRAVO remarca que “el Código Civil y otras leyes han establecido variados supuestos de nulidad parcial”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, op.cit., pp. 492 y ss. Algún autor, como DE LOS MOZOS, va más allá y considera que “la figura carece de unidad, y sería más exacto hablar de nulidades parciales, aunque en ello subyace, fundamentalmente, un diverso sistema de concebir la nulidad parcial que probablemente coexiste en las legislaciones” Cfr. DE LOS MOZOS, J.L. op.cit., p. 592 y ss. En la misma línea, CASTÁN señala que “junto al supuesto central de nulidad parcial existen numerosos supuestos especiales; por eso es exacto hablar de nulidades parciales y o de nulidad parcial”. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 495.

A este respecto, cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., pp. 100 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, op.cit., pp. 851 y ss.

presenta diferentes supuestos cuyo fundamento o finalidad es diverso, como sucede en la mayoría de los fenómenos y categorías de invalidez e ineficacia del ámbito contractual de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas son, independientemente de la causa que ha motivado la nulidad parcial, idénticas: se produce la nulidad de una cláusula contractual mientras el resto de las disposiciones del contrato se conservan válidas y, por consiguiente, eficaces. En atención a estas circunstancias cabría emplear, en todo caso, los términos supuestos, orígenes o finalidades de la nulidad parcial del contrato.

Si se siguen las teorizaciones de la doctrina clásica<sup>109</sup>, podrían encontrarse tres grandes supuestos. Habría pues que distinguir entre la nulidad parcial por mandato de la ley –o nulidad parcial por norma imperativa–, la nulidad parcial por interpretación del negocio jurídico y, por último, la nulidad parcial para evitar el fraude de ley.

## **2.2. El fundamento de la nulidad parcial**

---

<sup>109</sup>Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., pp. 493-495.

LÓPEZ FRÍAS, bebiendo de la clasificación tripartita de DE CASTRO, considera que “en ocasiones, la invalidez parcial es entendida como subsistencia del contrato, considerándose algunas de sus cláusulas como ‘no puestas’ o bien siendo aquella limitada o reducida en su contenido; y ello en base una norma que dispone a tal efecto expresamente para una determinada relación contractual, en el caso de que el legislador ha estimado oportuno establecer. En estos casos la nulidad parcial opera ‘ex lege’, por lo que, en principio, su fundamento jurídico no plantea problema alguno. Aquí podríamos encontrar un primer tipo, admitido en nuestro Ordenamiento, de la categoría que nos ocupa: la nulidad parcial por mandato de la ley en un supuesto determinado. Otras veces, el efecto de la ineficacia parcial no tiene lugar de una manera tan directa, pues no existe una norma que así lo establezca con carácter expreso. Sin embargo, al igual que en el supuesto anterior, es el respeto a la ley lo que se trata de imponer al declarar la subsistencia del contrato aun siendo nula cierta parte de él. Este segundo ‘tipo’ (...) se presenta cuando alguna cláusula del contrato vulnera una norma imperativa o prohibitiva, de especial significado social, que incide en la determinación del contenido de la prestación (así, por referirse a precio del objeto vendido o suministrado, al interés del préstamo, etc.) Si, en estos supuestos, se declara nulo todo el contrato, ello tendrá deplorables consecuencias para una de las partes –el ‘contratante débil’– pues, probablemente, no podrá conseguir de otro modo o por medios distintos el resultado práctico perseguido (la propiedad de una vivienda de protección oficial, la concesión del préstamo...). (...) Todavía, aun no existiendo una norma jurídica que decreta la nulidad parcial, ni leyes imperativas cuyas disposiciones infringidas deban insertarse en el contrato, nuestro Derecho admite que, concurriendo determinados requisitos, un contrato puede ser nulo parcialmente en atención a la voluntad de las partes, y con el fin de que sea posible la realización del intento práctico perseguido por ellas”. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A.M. op. cit., p. 855.

### 2.2.1. La nulidad parcial del contrato derivada del cumplimiento de una norma imperativa

La primera de las posibles finalidades o supuestos, la nulidad parcial por mandato legal imperativo pone de manifiesto la ausencia de una regla general sobre este fenómeno. Esta primera finalidad u origen se corresponde con aquel supuesto en el que una regla de *ius cogens* impone la nulidad parcial ante un caso de ilicitud de una de las cláusulas que conforman el contenido del contrato<sup>110</sup>.

Sin embargo, el cumplimiento de una norma imperativa puede acabar derivando en una operación meramente iuspositivista y automática, sin que se repare en el verdadero fundamento de la regla y la auténtica voluntad del legislador; es decir, sin que se tenga una visión de conjunto sobre la nulidad parcial.

Cabe plantearse, por tanto, cuál es el motivo de fondo por el que el legislador impone la nulidad parcial del contrato en determinados supuestos. Uno de ellos puede ser, por ejemplo, la protección de la parte considerada débil. El artículo 1.859 del Código Civil español sería un buen ejemplo de este razonamiento. Este precepto dispone que “el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. En este caso, parece que el deseo del legislador es el de proteger al deudor, evitando el pacto comisorio en casos de prenda o hipoteca<sup>111</sup>.

Una segunda razón que puede subyacer para que una norma imperativa imponga la nulidad parcial es la cualificación de la voluntad impuesta por el legislador para determinados negocios jurídicos. Puede interpretarse que, en algunos casos, el legislador desea que la emisión del consentimiento de los sujetos intervinientes esté a salvo de cualquier interferencia o cualquier elemento que pueda provocar la distorsión, modulación o limitación de su verdadera voluntad.

---

<sup>110</sup>Sobre esta mal denominada clase, LÓPEZ FRÍAS defiende que “en la mayoría de estos preceptos se viene a establecer que será nula la cláusula que contenga determinada estipulación, o que se tendrá por no puesto, o bien que el contenido de aquella no podrá exceder un determinado límite. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A.M. op. cit., pp. 855-856.

<sup>111</sup>Cfr. BLASCO GASCÓ, F.P. “Artículo 1859. No disponibilidad de la cosa por el acreedor” en *Código civil comentado* (coord. por Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 4, Thomson-Civitas Reuters, Madrid, 2011, pp. 1277-1279.

Como ejemplo, al margen de la esfera estrictamente contractual con la salvedad de que se considera prepondera la configuración contractual del matrimonio, nos podemos encontrar con el artículo 45 del Código Civil español, que dispone que “la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”<sup>112</sup>.

Parece bastante razonable considerar que lo preceptuado en esta norma constituye un supuesto de nulidad parcial en el que el legislador intenta garantizar que el consentimiento de los futuros cónyuges no pueda verse limitado por circunstancia alguna ajena a la voluntad de los sujetos intervinientes.

### *2.2.2. La nulidad parcial del contrato y las reglas de interpretación contractual. Reflexiones en torno a la nulidad parcial por fraude de ley*

La segunda de las finalidades de la nulidad parcial gira en torno a la premisa del cumplimiento de la voluntad negocial. Este razonamiento doctrinal entiende que la nulidad parcial por interpretación de contrato se produce en aquel supuesto que se presenta ante la ausencia de una norma imperativa específica.

Por tanto, nos encontraríamos frente a un contrato en el que se puede vislumbrar que alguno de los pactos contractuales puede ser nulos por ser, por ejemplo, contrario a la buena fe. En consecuencia, cabría plantearse si esa nulidad afecta sólo a la disposición en cuestión o es extensible a todo el contrato.

A este respecto, no sólo debe tenerse en cuenta el criterio clásico acerca del contenido del contrato a efectos de conservar el negocio jurídico como válido. Esta validez debe estar perfectamente fundamentada en la garantía del cumplimiento auténtico, real y verdadero del propósito negocial; esto es, del fin perseguido por las partes con la celebración de ese contrato.

---

<sup>112</sup>Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. *El consentimiento matrimonial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989; ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Artículo 45” en *Comentarios al Código civil II* (coord. Joaquín José Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez), vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 495-500; DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Artículo 45” en *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I (art. 1 a 151), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 659-663; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARO, I. “La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial: estudio del artículo 45 del Código Civil” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1996, pp. 1507-1511.

Para garantizar el debido respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y el propósito negocial debe atenderse, en un orden no cumulativo, al fin práctico y a la desnaturalización o no del contrato, a la intención y finalidad buscada por las partes y a cualesquiera otras circunstancias. Este elenco de indicios puede constituir una solución que permita determinar si esa nulidad debe predicarse de toda la relación contractual.

Cierto es que resulta sumamente complicado encontrar en el plano práctico otro de tipo de finalidad para la nulidad parcial. Como salvedades ya conocidas destacan el cumplimiento de una norma imperativa que así lo disponga o, ante la ausencia de ésta, la propia interpretación del negocio jurídico en cuestión.

La nulidad parcial por fraude de ley podría quedar razonablemente incardinada en el primero de los dos grandes bloques sobre esta cuestión, esto es, el referente a la nulidad parcial para el cumplimiento de una norma imperativa<sup>113</sup>. El fraude de ley no deja de constituir una previsión legal configurada para aquellos supuestos en los que se incumple algún precepto y en los que la sanción suele ser la nulidad e ineficacia del negocio jurídico en cuestión<sup>114</sup>.

Esta tercera finalidad de la nulidad parcial se fundamenta sobre la idea de evitar que, en aquellas leyes de alto social o con un evidente afán protector de los mal denominados grupos vulnerables, la existencia de una disposición contractual ilícita la parte débil pueda resultar perjudicada<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup>Cfr. FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. “El contrato en fraude de ley” en *El negocio jurídico: la ineficacia contractual*, CGPJ, 1994, pp. 271-362; RUSSO E. “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogable, norma indisponible, norma dispositiva, norma supletiva” en *Rivista de Diritto Civile*, vol. 47, n° 5, 2001, pp. 573-600.

<sup>114</sup>A este respecto, con opiniones un tanto dispares, cfr. Díez-PICAZO, op.cit., p. 120; GARCÍA AMIGO, M. “Integración del negocio jurídico” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIII, 1981, pp. 77-106; RAMS ALBESA, J.J. “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 216, pp. 2669-2678.

<sup>115</sup>Como bien señalada LÓPEZ FRÍAS, “esta interpretación, sin duda, está influenciada por la vigencia en nuestro Ordenamiento del principio de conservación del negocio jurídico, sancionado en materia contractual por el artículo 1.284 del Código Civil, y aplicados en numerosos preceptos singulares, algunos de los cuales hemos comentado. Pero la virtualidad este principio viene a su vez impuesta por el obligado respeto a lo dispuesto en la ley imperativa y por la propia finalidad de ésta, que es proteger al contratante débil y evitar el fraude; por tanto, la conservación el contrato se apoya en estos supuestos en la voluntad de la ley (y no en la de las partes), ley cuya observancia no se consigue privando de eficacia al contrato, sino manteniéndolo en vigor tras su adecuación a lo preceptuado legalmente. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, op. cit., p. 859.

Esta triple categorización se podría reducir perfectamente a dos grandes bloques, alcanzándose una mayor claridad terminológica y una mejor precisión, desde un punto de vista técnico. Podría distinguirse entre aquella nulidad parcial cuyo fundamento es el cumplimiento de una norma imperativa y aquella nulidad parcial basada en las reglas de interpretación del negocio jurídico<sup>116</sup>.

Esta distinción dual tiene, claramente, un denominador común: el principio de conservación del negocio jurídico. Resulta bastante evidente que, al margen de la motivación o fundamento que la sustente, la nulidad parcial constituye una categoría cuyo principal objetivo es la supervivencia de la relación contractual. Por tanto, se puede concluir que la principal finalidad de la nulidad parcial de un contrato es la protección de la validez y eficacia de dicho negocio jurídico.

Cuestiones bien distintas son las razones que llevan a predicar la nulidad parcial de una relación contractual. Es en este punto donde la doble clasificación cobra especial protagonismo y sentido. De un contrato puede predicarse parcialmente su nulidad porque una norma imperativa así lo contemple; es decir, puede existir un precepto declare nula la cláusula que contravenga su contenido. En este primer bloque, podría incorporarse perfectamente aquellos supuestos en fraude de ley.

Otra posibilidad es que no exista una norma imperativa que así lo determine. Ello presupone la existencia de una disposición que, sin ser contraria a un artículo concreto y determinado, puede adolecer de nulidad. Ante esta coyuntura, las reglas de interpretación

---

<sup>116</sup>Algunos autores han defendido también una categorización dual. Por ejemplo, GÓMEZ DE LA ESCALERA considera que “es preciso distinguir dos tipos o clases bien diferenciadas de nulidad parcial, según que la norma imperativa de la que deriva la nulidad de la cláusula ilegal, imponga forzosamente el mantenimiento o conservación del contrato, como forma más adecuada o única de conseguir la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al establecer la norma que resultó transgredida (nulidad parcial imperativa), o que el interés pretendido por la norma que impone la nulidad de la cláusula ilegal se satisfaga simplemente con la invalidez o ineficacia del pacto o regla de la autonomía privada que rebasó los límites legales, pero sin que ello prejuzgue la ineficacia del resto de contenido del contrato (nulidad parcial simplemente conservadora de la validez del contrato). Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, p. 102.

En este mismo sentido, GORDILLO CAÑAS hace una distinción dual entre la nulidad parcial del contrato en atención a la voluntad de las partes y la nulidad parcial en la que la voluntad de las partes es suplida o fuertemente influenciada por aplicación de una norma imperativa. Cfr. GORDILLO CAÑAS, A. “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal”, *op. cit.*, pp. 101-204.

del contrato se erigen como una vía para determinar si el contrato adolece de nulidad y, en tal caso, de ser considerada parcial.

### **2.3. La determinación del contenido del contrato e identificación de la parte nula**

#### *2.3.1. Notas distintivas entre el contenido autónomo y heterónimo*

Cuando se abordaba la cuestión relativa al concepto de la nulidad parcial podía anticiparse la consabida y, más que repetida a lo largo de este estudio, contemporaneidad de una parte válida y eficaz con otra inválida y que, por tanto, no despliega efectos<sup>117</sup>. Por consiguiente, el primer y complejo problema que se plantea es la correcta identificación de la parte nula del contrato y la separación del resto de estipulaciones válidas del negocio jurídico contractual, sin dejar de lado la verdadera intención de las partes a este respecto<sup>118</sup>.

Dada la singularidad de la naturaleza de la nulidad parcial contractual es necesario tratar, en primer lugar, el tema referente a la determinación del propio contenido del contrato. Ello tiene especial relevancia, ya que un error en su identificación supone una posterior teorización equivocada en el proceso de reconocimiento de la parte nula.

Si no es posible saber qué elementos están presentes en un contrato, muy difícilmente se podrá reconocer con acierto qué estipulación adolece de nulidad. Algún autor realiza una diferenciación sumamente marcada del contenido del contrato, los efectos, los requisitos,

---

<sup>117</sup>Como indica PALOMEQUE LÓPEZ, “el binomio parte nula-resto válido (del contrato) deviene elemento básico para explicar la institución de la nulidad parcial”. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M. op. cit., p. 150.

<sup>118</sup>Cfr. MURILLO VILLAR, A. “El interés de las partes en el contenido del contrato: de Roma al Proyecto Europeo de Contratos” en *Revista jurídica del notariado*, nº 75, 2010, pp. 369-390.

las obligaciones y la voluntad de las partes contratantes<sup>119</sup>, tema que ha suscitado diferentes visiones doctrinales<sup>120</sup>.

Cabe señalar que la sutil diferencia doctrinalmente asentada entre obligaciones y el contenido del contrato resulta muy difusa a todos los efectos. Lo más razonable es entender que las obligaciones integran el contenido del contrato ya que, en definitiva, constituyen los deberes y derechos en abstracto cuyo cumplimiento o no conlleva una serie de consecuencias en el plano jurídico y fáctico.

Es difícil de compartir la idea de considerar que las obligaciones son, en realidad, efectos. Así, las obligaciones entendidas como reglas de conducta en abstracto –derechos y deberes– conforman el propio contenido del contrato<sup>121</sup>. Por su parte, las consecuencias de su cumplimiento son los efectos que de la relación contractual se pueden derivar.

En ese sentido, debe reiterarse esta idea y conectarse con un nuevo razonamiento. El contenido del contrato es el conjunto de reglas de conducta traducidas en derechos y

---

<sup>119</sup>Sobre el contenido, DÍEZ-PICAZO entiende que “se diferencia así nítidamente el contenido de los elementos. Los elementos son, por decirlo de algún modo, los ingredientes que entran a formar parte de la composición de contrato. (...) Los elementos de un contrato son, por consiguiente, una realidad exterior y anterior lógica y cronológicamente al contrato”. Por su parte, respecto de los requisitos del propio contenido afirma que “el contenido del contrato se distingue netamente de los presupuestos o requisitos. Los presupuestos o requisitos son determinadas situaciones previas que el ordenamiento jurídico considera o valora como necesarias para que el contrato se celebre con plena validez y eficacia”. En relación con sus efectos, considera que “el efecto de contrato es una consecuencia de éste y, por tanto, algo posterior, algo que el contrato produce; al que se crea o que surge por el hecho de haberse celebrado el contrato”. Finalmente, determina que “(...) la voluntad es un elemento y un elemento importante del contrato. Sólo cuando el contrato ha sido voluntariamente realizado recibe plena tutela jurídica. Sin voluntad no hay contrato (...). La voluntad es un ingrediente, y un ingrediente importante del contrato, no lo es, en cambio, que la voluntad constituya ni la esencia, ni el contenido del fenómeno jurídico contractual”. Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit., pp. 421-423.

<sup>120</sup>Cfr. DE ELIZALDE IBARBIA, F. “La determinación del contrato: nuevas perspectivas” en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2003; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “Contenido y efectos del contrato” en *Derecho privado europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), COLEX, Coruña, 2003, pp. 435-464; MORATILLA GALÁN, I. “El contenido real del contrato es el determinante de su calificación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 84, nº 708, 2008, pp. 1810-1819; VATTIER FUENZALIDA, C. “Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo* (coord. José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González), vol. 2, 2004, pp. 4975-4990.

<sup>121</sup>Cfr. BLANDINO GARRIDO, M.A. “Contenido y efectos de los contratos” en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Europeo de Referencia* (coord. Antonio Vaquer Aloy y otros), vol. I, Atelier, pp. 573-694; DE ELIZALDE IBARBIA, F. “Una aproximación española y europea al contenido del contrato: reflexiones a la luz de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXX, fascículo III, 2017, pp. 1139-1195.

deberes para las partes contratantes cuyo cumplimiento supone el despliegue de los efectos connaturales a la relación contractual y a la voluntad de las partes. Puede concluirse que, en definitiva, el contenido del contrato no está constituido por los requisitos (art. 1.261 CC) ni por los efectos<sup>122</sup>.

Sin perder de vista esta teorización, cabe recordar que el artículo 1.258 del Código Civil dispone que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”<sup>123</sup>.

Como puede deducirse de su lectura, esta regla nos detalla el fundamento del contenido de un contrato o, como también suele denominarse, la reglamentación contractual. Así, lo preceptuado sirve para determinar de dónde surgen, siguiendo las consideraciones anteriores, las obligaciones contractuales para las partes contratantes.

Del propio artículo puede hacerse una distinción en cuanto a modalidades del contenido contractual se refiere. Por un lado, cabe hablar de un contenido del contrato autónomo; es decir, aquel que es fruto de la libre autonomía y voluntad de las partes. De otro, puede predicarse la existencia de un contenido contractual heterónomo; esto es, aquel cuyo fundamento y origen está en la ley, los usos y la buena fe.

### *2.3.2. El sistema de fuentes de la reglamentación contractual como canon identificativo*

La enumeración contemplada en el artículo 1.258 del Código Civil integra el sistema de fuentes normativas de la reglamentación contractual y, por ende, se erige como el parámetro para determinar el contenido heterónomo del contrato. Cabe distinguir y

---

<sup>122</sup>A este respecto, SERRANO ALONSO señala que “(...) esta interpretación inicial, literal, resulta inexacta e incompleta a que, como se deduce del artículo 1.254, el contrato implica la existencia de, al menos, dos personas que quieran celebrarlo y además, en determinados supuestos, es la propia ley la que exige que el contrato, para que sea eficaz se celebre cumpliendo determinados requisitos formales o de forma sin los que, aunque concurren todos los elementos que enumera el artículo 1.261, el contrato no llega a producir los efectos queridos por las partes que lo celebran”. Cfr. SERRANO ALONSO, E. *Manual de Derecho Civil*, Curso I Plan Bolonia, Edisofer, Madrid, 2011, p. 375.

<sup>123</sup>Cfr. MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P. “El art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Rodríguez* (coord. Francisco de Paula Blasco Gascó), vol. 2, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1735-1772.

analizar, alterando la redacción de la norma, los diferentes elementos que lo pueden componer.

El término “ley”, en este precepto, admite múltiples interpretaciones. Cuando el legislador estipula que “los contratos (...) obligan (...) a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” parece referirse tanto a una norma de alcance general, como una regla específica del ámbito contractual. Reflexión aparte merecería si por ley puede entenderse norma de rango legal –ley en sentido estricto– o el concepto se amplía a otras fuentes normativas –ley en sentido amplio–.

En cualquiera de los casos, la imperatividad de la norma, más o menos general, incide forma directa en el contenido autónomo del contrato. Cabe la posibilidad de que el contenido del contrato sea insuficiente o que no se haya establecido nada al respecto, también puede suceder que el contenido autónomo sea contrario a las normas imperativas aplicables al caso. En la primera hipótesis la función de la norma sería complementaria mientras que, en la segunda, estaríamos ante una función atenuadora.

En segundo lugar, podrían encontrarse las normas dispositivas aplicables al caso. El término “ley” da la posibilidad de que se entienda tanto en casos de normas imperativas como en supuestos de normas dispositivas. En este bloque, el contenido contractual estaría determinado por aquellos pactos integrados por el Derecho dispositivo que las partes no hayan decidido excluir, ni tácita ni expresamente.

En tercer lugar, nos encontraríamos con reglas acordadas por los contratantes en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código Civil por remisión del artículo 1.258 del Código Civil –al albur de la locución “lo expresamente pactado”–, es decir, aquellos pactos o estipulaciones contractuales fruto de la autonomía de la voluntad<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup>Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. “Altibajos de la autonomía de la voluntad” en *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. Luis Díez Picazo), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 165-181.

El penúltimo de los bloques hace referencia a los usos del tráfico jurídico<sup>125</sup>, los cuales, cumplen, de forma bastante evidente, una función interpretativa. Como argumento de apoyo a esta idea puede encontrarse el artículo 1.287 del Código Civil cuando afirma que “el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de que cláusulas de ordinario suelen establecerse”<sup>126</sup>. Bien es cierto, no obstante, que parte de la doctrina también ha remarcado la función reguladora de los usos y costumbres<sup>127</sup>.

No tendría sentido finalizar con esta disquisición sin realizar algún comentario, aunque sea de forma sucinta, acerca de la problemática que se plantea la doctrina en torno la existencia de una relación de jerarquía de los usos y costumbres respecto de las normas positivas. Menor complejidad plantea, en cambio, el tema relativo a la buena fe ya que constituye un mero principio inspirador y general subordinado, en todo caso, a la ley<sup>128</sup>.

La nebulosa que envuelve la cuestión de los usos y costumbres viene determinada por la propia redacción del ya citado artículo 1.258 cuando, en su parte final, alude, en el siguiente orden, a “la buena fe, al uso y a la ley”. El objeto de discusión gira, por tanto, en determinar si el uso se antepone jerárquicamente a la ley en cuanto a la reglamentación contractual se refiere.

La interpretación que defiende la anteposición de los usos y costumbres del tráfico jurídico frente a las reglas positivas supone, con un mínimo género de dudas, una quiebra de la propia de jerarquía de fuentes establecida en el artículo 1 del Código Civil cuando

---

<sup>125</sup>Sobre los usos DE CASTRO Y BRAVO considera que “constituyen el modo normal de proceder en el mundo de los negocios”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, vol. I, Madrid, 1991, p. 363.

<sup>126</sup>Cfr. GARCÍA-VICENTE, J.R. “Artículo 1287” en *Comentarios al Código Civil. Tomo VII: arts. 1265 a 1484* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9190-9191; LÓPEZ-LÓPEZ, A.M. “Artículo 1287. El uso y las costumbres en los contratos” en *Código civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 3, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 703-705.

<sup>127</sup>Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., pp. 397-398; GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 52. Este autor afirma que “la remisión que el art. 1.258 hace al ‘uso’ como criterio integrador del contenido del contrato obliga a diferenciar los usos normativos o con ‘función reguladora’ (...), de los usos interpretativos o con ‘función interpretativa’ a los que alude el art. 1.287”.

<sup>128</sup>Cfr. ASÚA GÓNZALEZ, C.I. “Artículo 7. Buena fe y abuso del derecho” en *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 1, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 90-99; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1990, pp. 7-24.

dispone que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”<sup>129</sup>.

Lo regulado en este artículo 1 se encuentra debidamente matizado en los apartados 3 y 4 del mismo precepto del Código Civil. El artículo 1.3 establece que “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

Por su parte, el artículo 1.4 recoge que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Gran parte de la doctrina civilista de referencia mantiene la posición de entender que las normas positivas están por encima de los usos del tráfico jurídico<sup>130</sup>.

En todo caso, la consideración de que el artículo 1.258 del Código Civil establece una especialidad respecto de la norma general supone, a todos los efectos, una teorización un tanto inútil y estéril sobre un axioma de nuestro ordenamiento jurídico. El legislador parece carecer de intencionalidad cuando se refiere, en ese orden en este precepto, a “la buena fe, los usos y la ley”. Es una cuestión que, en todo caso, se aborda también en el apartado referente a la integración contractual.

Cabe, en este punto, tratar el tema de la buena fe con cierto detenimiento. Como debidamente se señaló con anterioridad, las reglas derivadas de la buena fe entrañan menor complejidad respecto al estudio de los usos y costumbres. No implica ello, por otra parte, que sea, ni mucho menos, una cuestión de importancia menor.

A este respecto cabe reseñar, en primer lugar, que la configuración de la buena fe como principio general del Derecho implica dos claras consecuencias<sup>131</sup>. Por un lado, implica

---

<sup>129</sup>Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. Y URREA CORRES, M. “Artículo 1. Fuentes del derecho y jerarquía normativa” en *Código civil comentado*, (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 1, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 27-45.

<sup>130</sup>Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. op. cit., p. 934; DíEZ-PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTER, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016, vol. II, tomo II, pp. 90-91.

<sup>131</sup>Como bien señala DíEZ-PICAZO, “el principio de la buena fe se encuentra sancionado como principio inspirador de todo el Derecho patrimonial, en los más importantes ordenamientos jurídicos

que se encuentra supeditado a la ley y a los usos y costumbres; de otro, implica que dada su naturaleza es un principio inspirador del resto de normas del ordenamiento jurídico. En un lenguaje más técnico, sería más adecuado hablar de principio informador en lugar de inspirador.

El concepto de buena fe y su conexión con usos y ley han posibilitado la coexistencia de diferentes y variadas definiciones, de concreción dispar. Al igual que sucede con los usos y costumbres, la buena fe cumple una doble función o finalidad, no excluyentes entre sí: complementaria y correctora. La primera de las funciones, la función complementaria, suple la ausencia de pactos contractuales frente a una cuestión concreta. Por su parte, la segunda de ellas, la función correctora, facilita la modulación, la anulación o coadyuva a la modificación de la relación contractual.

Puede observarse como la buena fe va a cobrar una especial importancia en la nulidad parcial del contrato. En aplicación de la función correctora sirve como presupuesto para la correspondiente declaración de nulidad de una cláusula por ser contraria a su contenido. En cambio, la aplicación de la función complementaria, supone que la buena fe impacte de lleno en el contrato. El abanico de posibilidades es triple, ya que puede completar la potencial laguna existente por la inicial imprevisión de las partes, su connatural función correctora o por cualquier otro motivo legalmente previsto.

### *2.3.3. La conexión entre la nulidad parcial y la reglamentación contractual*

Tras el necesario análisis en relación con el contenido del contrato procede volver a uno de los puntos de partida del presente estudio. En consecuencia, hay que retrotraerse a la idea inicial, casi repetido como una especie de mantra, sobre la nulidad parcial del contrato: la existencia de un pacto contractual nulo mientras el resto de las disposiciones presumiblemente válidas y eficaces.

---

contemporáneos. El párrafo 242 del Código Civil alemán estatuye que el deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe y los usos del tráfico. En el Derecho italiano, el art. 1.175 CC preceptúa que el deudor y el acreedor deben comportarse conforme a las reglas de la buena fe". Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit., pp. 49-50.

Cabe recordar, nuevamente y con el fin de hacer una recapitulación que permita no perder la perspectiva sobre el tema, si la causa de nulidad está fundamentada en la ausencia de algún requisito esencial (vid. art. 1.261 CC), en la contravención de alguna previsión legal específica (vid. arts. 1.280 y 6.3 CC, por ejemplo) o si es extensible a todo el contenido del contrato no tiene sentido alguno plantearse un supuesto de nulidad parcial, como ya se ha puesto de manifiesto en más de una ocasión.

Por tanto, la primera valoración que debe realizarse para valorar si estamos ante un posible caso de nulidad parcial es la de determinar si una potencial invalidez afecta a todo el contenido por cualesquiera de los supuestos anteriormente mencionados. Procede, a continuación, llevar a cabo una segunda valoración del contenido del contrato a efectos de identificar la parte que puede adolecer de nulidad.

A este respecto, no puede olvidarse la importante distinción respecto al contenido del contrato. No parece en absoluto descabellado afirmar que la nulidad parcial del contrato sólo podrá afectar al contenido autónomo de la relación contractual, es decir, el resultante de la voluntad de las partes contratantes. Si se realiza un análisis de cada elemento que conforma la reglamentación heterónoma puede comprobarse como, de ninguno de ellos, no se va a derivar, en ningún caso, la nulidad del contrato.

En relación con la ley, tanto en su vertiente imperativa como dispositiva, puede llegarse a la conclusión de que, si se produce una contradicción entre una norma positiva y otra de superior rango, la nulidad del contrato no constituye una consecuencia directa. Así, si el contenido de una cláusula se encuentra circunscrito a lo dispuesto por una regla positiva contraria a una de rango superior, la nulidad no tendría por qué extenderse a todo el negocio jurídico en cuestión. En este caso, asistiríamos a un conflicto o concurrencia de leyes cuya solución pasaría por la adecuada conjugación de los principios, reglas y criterios generales sobre validez y aplicabilidad de las normas jurídicas en materia civil<sup>132</sup>.

Respecto a los usos y costumbres puede destacarse, brevemente, que su ilegalidad no implica la conversión del contrato en nulo. En todo caso, se eliminaría la potencial

---

<sup>132</sup>Cfr. LÓPEZ AZCONA, M.A. “Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código Civil” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 2, 2018, pp. 185-235;

finalidad de uso con valor normativo. Finalmente, en cuanto a la buena fe, cabe señalar que configuración y contenido excluyen, por y en sí mismo, cualquier viso de contravención legal.

Toda vez hecha esta puntualización, es procedente abordar otra cuestión relativamente relevante. Cuando nos referimos al fenómeno de la nulidad parcial en el ámbito contractual, siempre se emplea el término parte para hacer referencia a esa disposición del contrato que adolece de nulidad. No cabe duda de que el concepto de “parte” es sumamente indeterminado. Si bien, entrar en profundidad sobre los conceptos de disposiciones, cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás puede resultar tedioso e, incluso, aportar mayor confusión a un tema de suyo bastante difuso.

Consecuentemente, con base en lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código Civil, en el presente estudio el uso de todos términos es indistinto, sinónimo y no obedece a razones técnicas. Se trata de evitar, por tanto, entrar en una disquisición doctrinal de sumo interés, pero cargada, a su vez, de complejidad y alejada, en definitiva, del objeto principal de esta investigación.

Aunque la consideración que se introduce a continuación puede parecer una obviedad, no está de más hacer alguna referencia al respecto. Si un contenido autónomo es simple, esto es, integrado por una única cláusula de probada nulidad es más que lógico entender que nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad total del contrato. Por el contrario, tendrá una naturaleza compuesta cuando esté formado por dos o más disposiciones<sup>133</sup>. Sin embargo, cuando estemos ante un contrato de contenido autónomo, compuesto y divisible podremos determinar qué cláusulas son válidas y cuáles pueden adolecer de algún vicio de nulidad.

Algún autor suele distinguir las reglas de carácter accesorio –sin las cuales la finalidad e intención de las partes contratantes permanece inalterada– de las estipulaciones de

---

<sup>133</sup>Sobre esta cuestión, GÓMEZ DE LA ESCALERA afirma que “en esta hipótesis cabe que las distintas reglas que componen la reglamentación contractual sean separables unas de otras (contenido divisible), o, que formen un todo unitario e indivisible que no permite su escisión (contenido unitario o indivisible). En este último supuesto es evidente que tampoco podrá surgir el problema de la nulidad parcial”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. op. cit., pp. 52 y ss.

carácter esencial –que simbolizan el verdadero interés de las partes en la relación contractual–. Asimismo, se defiende que la nulidad que recae sobre alguna de ellas se extiende al resto del contrato, lo que provoca, en última instancia, un supuesto de nulidad total<sup>134</sup>. No resulta especialmente fácil discrepar de esta teoría, que constituye uno de los razonamientos sobre la nulidad parcial del contrato. Pese a ello sí puede introducirse algún matiz con el fin de enriquecerla.

En primer lugar, hay que evitar perder la perspectiva sobre la categoría de nulidad. La nulidad viene siempre determinada por la ausencia de los requisitos esenciales del contrato, el defecto de forma *ad solemnitatem*, la vulneración de algún principio general o el incumplimiento de alguna previsión legal aplicable al caso concreto.

Sí podría admitirse la posibilidad de extender a toda la relación contractual la nulidad generada por un pacto esencial de su contenido autónomo si por esta invalidez el contrato perdiera, de forma total y absoluta, su finalidad y se desvirtuaran, completamente, los intereses de las partes.

Por otra parte, cabe afirmar que resulta bastante evidente que un pacto accesorio, en términos generales, no provocará, por su propia naturaleza, las mismas consecuencias que puede producir la nulidad de los pactos esenciales del contrato. En todo caso, debe atenderse, como es natural, a las circunstancias de cada supuesto.

Como punto de partida, nos encontramos ante un negocio jurídico que se materializa, en este caso, como un contrato de naturaleza civil. De dicha relación contractual debe poder distinguirse los elementos que integran su contenido. Identificado tanto éste como los ingredientes de su contenido, cabe hacer nuevamente una subdivisión a efectos de diferenciar entre reglamentación contractual autónoma –resultado de la voluntad de las partes–, y reglamentación contractual heterónoma –fruto de la buena fe, los usos y la ley.

A partir de aquí y sin olvidar que una de las premisas es que la nulidad debe presentarse en la modalidad autónoma del contenido del contrato por los motivos anteriormente mencionados, debe atenderse a la distinción entre contenido autónomo simple –cuando

---

<sup>134</sup>Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, op. cit, pp. 328 y ss.

una cláusula compone la reglamentación contractual autónoma, excluyendo por motivos obvios la posibilidad de existir un supuesto de nulidad parcial– y contenido autónomo complejo –cuando más de un pacto compone la reglamentación contractual autónoma–.

En el siguiente escalón, por así denominarlo, dentro del contenido autónomo complejo puede encontrarse una reglamentación contractual autónoma, compleja y unitaria –cuyas reglas forman un todo indivisible, imposibilitando nuevamente que nos encontremos ante un caso de nulidad parcial– o una reglamentación contractual autónoma, compleja y divisible –cuyas estipulaciones son independientes entre sí y no conforman una unidad indivisible–.

Por tanto, a modo de resumen, puede afirmarse que son varias las sucesivas operaciones lógico-jurídicas que debemos realizar en cuanto a la identificación de la parte nula se refiere. La primera de ellas es la calificación del negocio jurídico en cuestión como contrato para, a continuación, concretar su contenido<sup>135</sup>.

Después de ello, procede hacer una delimitación entre el contenido heterónimo y el autónomo, del que se puede predicar la nulidad parcial. Una vez se ha localizado el contenido autónomo del contrato procede observar si contienen las notas distintivas y propias de constituir un contenido simple o un contenido complejo.

Por último, si nos encontramos ante un contenido complejo y divisible podrá surgir el fenómeno de la nulidad parcial del contrato. Sin embargo, el contenido contractual es autónomo, complejo e indivisible resulta evidente que va a ser prácticamente imposible que podamos vernos inmersos en un supuesto de nulidad parcial contractual.

En este caso, la identificación de la parte potencialmente nula conlleva, como se ha puesto de manifiesto, una serie de análisis previos. Al margen de la calificación del negocio jurídico y la delimitación de su contenido, la identificación de la parte nula implica valorar la nulidad conforme a las normas y principios que inciden en este fenómeno contractual.

---

<sup>135</sup>Cfr. ARENA, F.J. “Metodología y derecho privado. Intención de las partes y contenido del contrato” en *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas* (comp. Guillermo Lariguet), Editorial Brujas, Córdoba, 2016, pp. 449-458.

## 2.4. El parámetro de parcialidad y su alcance en la nulidad contractual

Tras la necesaria identificación de la parte nula del contrato procede realizar, a continuación, un juicio de nulidad parcial, es decir, se debe determinar si nulidad existente se circunscribe únicamente a una parte o es extensible al resto del contrato<sup>136</sup>. Para ello, debe existir alguna primera referencia, algún parámetro –al margen de las consabidas diferencias legales y técnicas–, que nos permita determinar si la nulidad es parcial o no.

A este respecto, las posturas doctrinales más destacadas giran en torno a dos aforismos latinos. La primera de ellas encuentra su sustento en el principio *utile per inutile non vitiatur*, ya tratado anteriormente. Desde esta perspectiva la posible solución del problema pasa por admitir la nulidad parcial, y, en consecuencia, la validez y eficacia del resto de disposiciones que integran la relación contractual.

En el lado contrario se encuentra aquel razonamiento que pivota sobre el brocardo latino *unus actus non potest pro parte valere pro parte non*. Esta segunda teoría defiende la extensión de la nulidad de la cláusula en cuestión al resto de toda la relación contractual, lo que implica la invalidez e ineficacia de todo el contrato.

A partir de estas dos ideas, tan básicas como generales, debe introducirse el interrogante sobre qué criterios hay que atender a efectos de decantarse por una u otra opción. Debe decidirse sobre qué parámetros y elementos determinamos si lo más adecuado, desde el punto de vista técnico, es la declaración de la nulidad total o por la nulidad parcial.

---

<sup>136</sup>En este sentido y abundando sobre lo ya comentado a este respecto, López Frías señala que “la presencia de ‘partes nulas’ es muy antigua en la práctica jurídica, pero su proliferación más acusada se ha manifestado desde hace unos años debido al incremento de la contratación a través de condiciones generales. La ineficacia parcial aparece frecuentemente en los contratos entre ‘iguales’: así, por ejemplo, por carecer de causa alguna de las estipulaciones acordadas por las partes, por haberse determinado la duración de una institución jurídica por un tiempo superior al establecido legalmente, o con motivo del erro invalidante padecido en torno a una de las cláusulas del contrato. Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en masa o de letra pequeña (...). Si alguna de estas cláusulas o cualquier estipulación convenida por los contratantes se declara nula, ¿qué ocurre con el resto del contrato? ¿se extiende a él la nulidad de la parte o permanece eficaz? Cfr. LÓPEZ FRÍAS, op. cit., pp. 851-866.

En primer lugar, resulta procedente hacer un detallado estudio de la teoría subjetiva, la cual es fruto de los estudios de la pandectística alemana<sup>137</sup>. Esta teoría defiende, en términos generales, que el denominado juicio de nulidad parcial o parámetro de parcialidad debe realizarse en atención a la intención y voluntad de las partes. De tal manera que, tal y como puede observarse, cobra especial importancia el elemento subjetivo, es decir, el papel de los sujetos intervinientes en la relación contractual en cuestión.

Si se desciende a un plano más concreto, los razonamientos de la teoría subjetiva implicarían que, si los contratantes hubieran deseado materializar el contrato sin el pacto viciado de nulidad esta última será parcial. Si por el contrario, los contratantes no hubiesen querido establecer entre ellos una relación de naturaleza contractual sin la cláusula que adolece de nulidad, esta última afectará a toda la extensión del contrato en su conjunto<sup>138</sup>.

La formulación de esta tesis subjetiva se asienta sobre el concepto jurídico-filosófico de la voluntad hipotética cuya existencia y alcance gira en torno a una presunción, hipótesis o suscripción sobre la propia y verdadera intención de la voluntad de las partes. Esta voluntad hipotética presenta las notas características de ser originaria y no real o no histórica<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup>Cfr. BERNAD MAINAR, R. “La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iuspravitismo moderno” en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 17, 2016, pp. 1-80; RANIERI F. “Hacia los orígenes del Derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre la pandectística alemán y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico” en *Revista de Derecho Privado de Colombia*, nº 28, 2015.

<sup>138</sup>Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., pp. 75-77.

<sup>139</sup>Para comprender esta cuestión conviene detenerse en la visión de DELGADO ECHEVERRÍA, que afirma que “mientras en la teorización del negocio jurídico (en la pandectística) se entendió que la ‘voluntad negocial’ está dirigida al resultado jurídico y no al objetivo económico-social propuesto por las partes, resultaba imposible fundar la conversión propiamente dicha (que supone una voluntad negocial que naufraga mientras el objetivo económico-social sobrevive). Las primeras explicaciones no lograban sobrepasar el ámbito de la interpretación, apelando a una voluntad presunta (RÖMER), o implícita (WINSCHIED), o al juego de la *falsa demonstratio* sobre el *nomen* del negocio. Pero como explica WIEAKER respecto del 140 del B.G.B., paradigmático para los derechos europeos continentales–, es presupuesto primario de la conversión precisamente que el negocio-base no pueda ser mantenido en vida mediante la interpretación como negocio querido en vía principal (no en vía eventual); y sólo si éste, como tal, ha naufragado, puede entrar en acción la conversión. La ‘voluntad sustitutiva’ en que se apoyará el negocio sustitutivo no será, por tanto, una voluntad real, psicológica (verosímil, presunta, eventual...), sino una voluntad hipotética, construida ‘conforme a la razón’, condicionada por criterios de valoración (la confianza de la otra parte en un comportamiento negocial razonable, la buena fe, los usos del tráfico). Pero esta voluntad hipotética no es tampoco pretexto para la introducción en el contrato de valoraciones ajenas a la

Sobre los rasgos distintivos de la voluntad hipotética cabe detenerse brevemente. En relación con la primera de ellas, hay que destacar que su naturaleza hipotética supone que, para su determinación, hay que retrotraerse a la intención de las partes contratantes en el justo momento de la celebración del contrato.

Así, no se tiene en cuenta la voluntad actual o la inmediatamente posterior que los sujetos hayan mostrado, tácita o expresamente. La intención que tiene auténtica y única relevancia a estos efectos es la mostrada, con mayor o menor grado de evidencia, en el instante contemporáneo a la celebración de la relación contractual<sup>140</sup>.

La segunda de las notas características es el de su perfil no real o no histórica, aunque algún autor defiende también la verdadera intención de las partes para acoger la nulidad parcial<sup>141</sup>. Ello supone que las partes, en el momento de la celebración del contrato, se plantearon como posibilidad la incorporación de un pacto que adoleciera de nulidad<sup>142</sup>.

Pese a esta circunstancia, los sujetos decidieron celebrar el contrato lo que supone, en último término, que no nos encontremos en su supuesto real de nulidad parcial. En este caso, se presume que el contrato no incluye en su contenido la disposición nula y, por tanto, es válido y eficaz<sup>143</sup>. La teoría subjetiva se ha erigido como la solución clásica,

---

autonomía negocial, a la consecución de sus intereses por los sujetos particulares; en concreto, al propósito práctico perseguido por las partes; pues la conversión viene en ayuda precisamente de la autonomía privada. Otra cosa es el legislador, o el Juez, utilicen la conversión –entonces con significado sustancialmente distinto– como instrumento de política legislativa, para configurar el contrato con un contenido preceptivo predeterminado, en aras de intereses –entendidos como superiores– extraños a los particulares de los contratantes. Este tipo de conversión se acerca –por su función– a la nulidad parcial con sustitución de las cláusulas nulas por las legales imperativas; del mismo modo que la conversión en apoyo del propósito negocial de las partes tiene similar función a la de la nulidad parcial con fundamento en la voluntad hipotética de las partes. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 364-365.

<sup>140</sup>Cfr. CRISCUOLI, op. cit., p. 63, ROPPO, op. cit., p. 695.

<sup>141</sup>Cfr. CRISCUOLI, op. cit., pp. 230-239.

<sup>142</sup>Cfr. ROPPO, op.cit., pp. 693-696.

<sup>143</sup>A efectos de aclarar este razonamiento, siempre fácil de asimilar a priori, GÓMEZ DE LA ESCALERA señala que “se trata, en definitiva, de una suposición, de una conjetura, de llevar a cabo un juicio hipotético sobre la cual habría sido la voluntad o intención de los contratantes en el momento de su celebración hubiesen conocido la nulidad de la cláusula o parte nula”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 75.

adaptada y adoptada por los ordenamientos jurídicos alemanes e italianos. Ambos regulan positivamente, en el sentido jurídico del término, el fenómeno de la nulidad parcial.

Si bien, existe, en términos comparativos, ciertas diferencias entre ambas regulaciones, tal y como se puso de manifiesto cuando se procedió al análisis del artículo 1.419 del *Codice Civile* italiano y del parágrafo 139 del BGB. Cabe reseñar, a este respecto, que algún autor ha considerado necesaria la flexibilización de los requisitos de esta teoría en el sentido de exigir bien la ausencia de voluntad bien la mera intención contraria a la nulidad parcial<sup>144</sup>.

La segunda de las grandes teorías constituye la antítesis de la conocida como teoría subjetiva. Si esta última centraba el juicio o parámetro de parcial en la intención de los contratantes a través de una construcción de una voluntad hipotética, la teoría objetiva descansa sobre la idea de abordar esta problemática centrándose en elementos del contrato.

De esta premisa deriva, no solo las diferencias de fondo, sino también las diferencias nominales. La teoría objetiva lo es porque pone el énfasis en cuestiones relacionadas con el objeto del contrato y sus elementos; por su parte, la subjetiva merece esa denominación porque toda la construcción gira en torno a circunstancias propias de los sujetos contratantes.

Ambas dogmáticas se complementan y, originariamente, formaban parte de una misma teoría. Algo que, por otra parte, tiene mucho sentido ya que, por un lado, las cuestiones relacionados con el objeto no dejan de ser grandes indicios a efectos de configurar la voluntad hipotética. Debe plantearse, en otro orden de cosas, si una construcción ecléctica que uniese a ambos razonamientos sería el criterio hermenéutico ideal para la solución del fenómeno de la nulidad parcial.

---

<sup>144</sup>DE LOS MOZOS indica que “(...) en algunos Códigos modernos, por influencia del pandectismo, se aprecia un nuevo concepto de nulidad parcial que se aparta de la citada regla romana (parágrafo 139 del BGB y art. 1.419 del Código Civil italiano), disponiendo que la nulidad parcial de un negocio o la nulidad de cualquiera de sus cláusulas supone la nulidad total del mismo cuando resulte que los contratantes no lo hubieran efectuado sin aquella parte de que su contenido resulte viciado. Se trata aquí, pues de valorar la voluntad contraria de las partes a que se produzca solamente la nulidad parcial, lo mismo que sucede con la conversión”. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. *El negocio jurídico: estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1987.

Actualmente, esta teoría mantiene su independencia y autonomía respecto de la teoría subjetiva, obviando el tema relativo a la intención de las partes. Entre esos criterios objetivos que la integran cabe destacar, en primer lugar, el relativo a la divisibilidad o indivisibilidad del contenido del contrato, tema ya tratado cuando se abordó la cuestión relativa a la determinación del contenido del contrato.

Resulta evidente que ante un supuesto de contenido autónomo, complejo e indivisible no es posible, al entenderse como un todo unitario y dependiente entre sí, que nos encontremos ante un supuesto de nulidad parcial contractual. Por ejemplo, en un contrato con varias cláusulas interrelacionadas entre sí que conforman una unidad, la nulidad de una de ellas se extendería a toda la relación contractual.

Es muy complejo determinar cuando un pacto contractual alcanza la naturaleza de esencial. Al margen de esta consideración, el principio de conservación del negocio jurídico nos invita a pensar, junto a la ausencia de una norma positiva que así lo determine, que las nulidades totales sólo pueden venir determinadas por los supuestos legalmente previstos.

En el caso de que una disposición contractual de contenido esencial resulte nula, sólo y de forma excepcional, podrá extenderse su nulidad al resto del contrato siempre y cuando concurriera la circunstancia de que se desvirtuara por completo la propia naturaleza del contrato, su finalidad práctica o el interés real e intención de los sujetos contratantes.

De lo contrario y con la mente puesta en el terreno eminentemente práctico, nos encontraríamos con dos problemas de difícil solución: la indeterminación conceptual de esencialidad y, en consecuencia, una mayor propensión a la nulidad total con las consecuencias en este fenómeno implica para el tráfico jurídico de índole patrimonial.

En efecto, puede existir un contrato de contenido autónomo, complejo y divisible con varias estipulaciones consideradas como esenciales. No tendría mucho sentido, a mi juicio, propugnar la nulidad de todo el contrato si la naturaleza, la finalidad y el interés de los sujetos no quedasen alterados por esa nulidad parcial presente, por ejemplo, en uno de esos pactos.

Finalmente, el tercer factor a tener presente en la teoría objetiva es el de la finalidad del contrato. Este último elemento de la teoría objetiva hace depender la extensión de la nulidad a todo el contrato si la consecución de su fin práctico se puede alcanzar con la exclusión de la parte nula.

Siempre debe intentarse lograr la supervivencia del negocio jurídico. Únicamente, debe excluirse esta circunstancia cuando el fin práctico del propio contrato se altere de tal forma y manera que, en último término, la relación contractual quede por completo desnaturalizada.

Si en el plano práctico nos encontramos ante una cláusula nula, siempre que sin su inserción el contrato mantenga su esencia y su fin práctico intacto, la relación contractual continúa. Consecuentemente, la nulidad quedaría circunscrita a la estipulación calificada como nula.

Queda, finalmente, hacer referencia a la conocida doctrinalmente como teoría normativa, fruto de la confluencia de críticas, más que razonables, de algunos autores que consideran insuficientes tanto a la teoría objetiva como la subjetiva<sup>145</sup>. Ambas construcciones deberían, como sucede en su génesis, conformar un único razonamiento con dos vías complementarias –no autónomas, pero tampoco excluyentes–.

Se explicaba en apartados anteriores del presente estudio que el fenómeno de la nulidad total o absoluta venía determinado por la ausencia de alguno de los requisitos legamente establecidos, la contravención de alguna norma imperativa (véase los supuestos, por

---

<sup>145</sup>Según comenta GÓMEZ DE LA ESCALERA “(...) la teoría subjetiva, además de hacer depender la nulidad parcial de un elemento psicológico y por tanto extraño al contrato mismo, no resuelve satisfactoriamente el problema. Ante todo por la propia dificultad de hallar la ‘intención’ de los contratantes que obliga a estar más que al ‘querer’ interno a lo que se deduzca de lo declarado (...). No se comprende muy bien cómo puede calificarse de nulidad parcial el supuesto en el que los contratantes, conociendo la ineficacia de la cláusula nula, quieren el contrato sin ella. Probablemente lo más acertado sería considerar que existe un contrato de cuyo contenido no forma parte la cláusula nula. Tampoco la teoría objetiva da una solución definitiva al problema. Ciertamente, la fórmula objetiva, por serlo, es más segura y exacta que la concepción voluntarista. Sin embargo, ambas teorías olvidan un dato que, a mi juicio, es de extraordinaria importancia. El contrato, una vez celebrado se instala en la realidad jurídica produciendo una serie de defectos de los que, unos son resultado de la autonomía privada de los contratantes, pero otros, derivan directamente del ordenamiento jurídico (art. 1.258). Si el contenido y efectos del contrato no dependen solo de la reglamentación establecida por las partes, la nulidad total o parcial del contrato no puede hacerse residir –al menos exclusivamente– ni en la voluntad de los contratantes (teoría subjetiva), ni en la organización de intereses programada o establecida por ellos al celebrar el contrato (teoría objetiva)”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op.cit., pp. 79-80.

ejemplo, de formas *ad solemnitatem*) o porque el contenido en su totalidad adoleciese de nulidad.

Como puede observarse, estos tres supuestos comparten un denominador común: su fundamento radica en una norma jurídica que impone la nulidad. Parece de sentido común considerar que, para defender que un contrato adolece de nulidad parcial, exista previamente una norma jurídica positivizada que así lo sancione. En consecuencia, debería constituir el parámetro esencial –junto con el resto de indicios sobre la nulidad total– para emitir el conocido como juicio de parcialidad.

Todo ello conforma el punto de partida de la teoría normativa. Así, resulta posible encontrarse con contratos contrarios a lo dispuesto por la norma, la cual, dependiendo de su configuración puede imponer la nulidad total o parcial de la relación contractual o bien no expresar nada a este respecto.

El artículo 1.583 del Código Civil se erige como el modelo de norma jurídica, junto con otros preceptos que expresamente imponen la nulidad total cuando existe un pacto contractual nulo. Esta regla sobre el arrendamiento de criados y trabajadores asalariados determina que “puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”.

En esta misma línea se encuentran los artículos 1.629 y 1.668 del Código Civil. El primer de ellos parece constituir un supuesto de nulidad total en relación con el censo enfiteúutico, al afirmar que “al constituirse el censo enfiteúutico se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse”.

Por su parte, en el artículo 1.668 del Código Civil el legislador plantea la nulidad total del contrato de sociedad si se aportan inmuebles sin haberse realizado inventario firmado por las partes. Con una innegable y taxativa redacción, este precepto dispone que “es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura”.

De forma paralela, cabe reseñar que son bastantes los artículos del Código Civil en los que expresamente se regula la nulidad parcial. Así, el artículo 641 del Código, relativo a

la donación, establece en su segundo párrafo que “la reversión estipulada por el donante a favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula pero no producirá la nulidad de la donación”.

Este precepto, al margen de la disquisición ya apuntada sobre la naturaleza jurídica de la donación, es el prototipo de norma jurídica que, de forma clara y expresa, impone la nulidad parcial del contrato. Una cláusula es nula pero el resto de los pactos que integran el contenido de la relación contractual se mantienen como válidos y eficaces.

Otras reglas del Código Civil también contemplan esta previsión expresa sobre la nulidad parcial. Sirva como ejemplo lo contemplado en los artículos 1.155, 1.260, 1.476, 1.691 o 1.884, por citar algunos de los más destacados.

El artículo 1.155, relativo a la nulidad parcial de la cláusula penal, establece que “la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal”. Por tanto, se evita por parte del legislador la correlación entre la nulidad de la cláusula penal y la validez de la obligación principal dándose, por ende, un supuesto de nulidad parcial.

El artículo 1.260, inserto en el corazón del título II del Código Civil, contempla que “no se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere se tendrá por no puesto”. Una vez más el legislador civil vuelve a utilizar la misma fórmula –“no puesto”– a efectos de calificar como nulo los juramentos en los contratos mientras el resto de los pactos contractuales mantienen su validez y eficacia.

Por su parte, el artículo 1.476 del Código hace recaer la nulidad parcial sobre el pacto que exime al vendedor de responder de la evicción en un contrato de compraventa, siempre y cuando se haya actuado contrariamente a la buena fe. El tenor literal del precepto deja escaso margen para las interpretaciones, puesto que no se hace referencia al resto del contrato y únicamente establece que “será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte”.

En relación con el contrato de sociedad, el artículo 1.691 determina que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas”, sin que se haga previsión o manifestación alguna sobre la posible extensión de la nulidad de este

acuerdo –pacto leonino– al resto del contrato. Se produce pues, un nuevo caso de nulidad parcial contractual.

Finalmente, el artículo 1.884 del Código Civil, relativo a la anticresis, establece que “el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”. Así, el legislador civil hace recaer la nulidad parcial sobre el pacto comisorio en el contrato de anticresis.

Dejando a un lado aquellas normas que expresamente imponen la nulidad parcial, podemos encontrarnos con un grupo de preceptos que no hacen referencia expresa a la nulidad total o parcial. Esta circunstancia nos invita a buscar algún precepto que nos aporte un mínimo de orientación para delimitar si, en un caso concreto, debe prevalecer la nulidad parcial frente a la total o viceversa.

Como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno y se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones a lo largo de este estudio, el Código Civil español no cuenta con un precepto que regula el fenómeno de la nulidad parcial. Ello, sin embargo, no debe constituir un subterfugio para entender que siempre deba prevalecer la nulidad total frente a la parcial o la nulidad, en general, frente a la invalidez.

El artículo 6º.3 del Título Preliminar del Código Civil no ayuda tampoco con su redacción a delimitar y clarificar esta cuestión. Este precepto dispone, en términos bastante genéricos, que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

De la lectura de esta regla se puede concluir que no se establece relación alguna de prevalencia o supletoriedad entre la nulidad parcial y la nulidad total. No parece especialmente apropiado deducir, conforme a su tenor literal, que el legislador quiere abogar, de forma clara y evidente, por la nulidad total como regla general y por la nulidad parcial como fenómeno excepcional o residual.

Quizás, la interpretación más sólida a este respecto sea la que defienda que la expresión “los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho” hace referencia tanto a la nulidad total como parcial. Es razonablemente entender también que el resto de los términos son ambivalentes a estos efectos; es decir, se refieren a las nulidades en general, sin diferenciar entre parcial o total.

Consecuentemente este precepto deja en una situación de equilibrio a la nulidad total y nulidad parcial. No se puede deducir de lo recogido en este artículo que el legislador tenga la pretensión apriorística de establecer preferencia por una de ellas en detrimento de la otra, ni que consagre a una como la regla general y a la otra con un valor secundario o complementario.

Si se tiene en cuenta lo abierta que queda esta cuestión, cabe reflexionar acerca de ella tomando como referencia el principio de conservación del negocio –*favor negotii o favor contractus*–. Este principio informa a todas las relaciones, actos y negocios jurídicos de naturaleza patrimonial y puede considerarse como una buena muestra de la tendencia más arraigada, legal, doctrinal y jurisprudencialmente, de preservar la validez y eficacia en el tráfico jurídico habitual.

Por este motivo, pese a la inexistencia de una norma general y reguladora de la nulidad parcial, la doctrina del *favor negotii* constituye un fundamento más que suficiente. Ante la ausencia de una norma que nos establezca si estamos ante una nulidad total o parcial, debe buscarse siempre la conservación del contrato y, por consiguiente, el mantenimiento de su validez y eficacia<sup>146</sup>.

Debe plantearse si esta teorización debe operar siempre y sin condición alguna. A todos los argumentos que nos aporta el principio de conservación del negocio jurídico cabe añadir algunos elementos propios de la teoría objetiva y, subsidiariamente, de la subjetiva.

---

<sup>146</sup>“(…) Con todo ello se produce una contradicción que no puede encontrar otra explicación que la doctrina del *favor negotii*, ya conocida desde el Derecho romano, encaminada a salvar en la medida de lo posible el ‘intento práctico de las partes’ para que su voluntad no quede del todo frustrada. Con esto no se niegan o contradicen las ineludibles consecuencias de la nulidad, sino que se producen con los mismos presupuestos de hecho otros efectos de los que hubiera podido producir el negocio nulo de o venir tachado de nulidad, o en todo caso efectos semejantes o aun idénticos, como sucede con la convalidación, pero que no llegan a producirse hasta que se renueven o subsanen los defectos que habían dado lugar a la propia nulidad”. Cfr. DE LOS MOZOS, J.L. op. cit.

Si la norma expresamente determina qué sucede no necesitamos plantearnos estos interrogantes. Ante esta situación, la primera idea es que, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, la relación contractual de seguir permaneciendo válida y eficaz pese a la existencia de un pacto que pueda adolecer de nulidad.

Procede incorporar algunos elementos de la denominada teoría objetiva. En cualquier caso, la predisposición debe ser la de conservar el negocio jurídico correspondiente. Sin embargo, este principio no puede ni debe entenderse como algo tan general que conlleve su aplicación sistemática e ilimitada.

En primer lugar, debe atenderse a fin práctico perseguido por el contrato y observar si la nulidad de la cláusula lo desvirtúa por completo. De no ser así, la relación contractual debe seguir existiendo, debe mantener su vigencia y, consecuentemente, la nulidad será parcial. En cambio, si por cualquier circunstancia, de la determinación del fin práctico contractual no se puede deducir nada este respecto cabría, de forma subsidiaria, recurrir a la voluntad hipotética de la teoría subjetiva.

La última de las tres teorías parece erigirse como la construcción más y mejor elaborada, como la más razonable y mejor solución. Si bien, respecto al tercero de los supuestos contemplados por la teoría normativa se le pueden hacer los matices, ya explicados, sobre la conservación del contrato, la complementariedad de algún elemento de la teoría objetiva y el carácter subsidiario de la teoría subjetiva y su correspondiente presunción sobre la intención de los contratantes.

De todo lo expuesto, puede concluirse que la nulidad parcial es una modalidad de invalidez con un elevado nivel casuístico. La ausencia de una regulación general hace prácticamente imposible elaborar una teoría *ex ante* y universalmente válida para cualesquiera de los casos que en la realidad del tráfico jurídico pueden presentarse.

## CAPÍTULO III

### Consecuencias jurídicas de la nulidad parcial

#### 3.1. Nulidad parcial y nulidad total

##### 3.1.1. Normas generales sobre la nulidad total

La relación entre la nulidad parcial y la nulidad total, absoluta o completa no se reduce, como en anteriores apartados se ha mostrado, a una mera similitud efectista. Así, aunque la cuestión cuantitativa constituye su mayor diferencia, la nulidad parcial y la nulidad total comportan fundamentos y fines completamente distintos.

En consecuencia, conviene recordar nuevamente y hacer una importante labor de contraposición entre ambas categorías. En la práctica puede darse la circunstancia de que no resulte especialmente sencillo determinar si en una relación contractual existe nulidad parcial o nulidad total, al margen de la sencilla consideración en términos cuantitativos.

En primer lugar y sin ánimo de caer en una redundancia estéril, cabe hacer un breve análisis de aquellos supuestos en los que la nulidad total es consecuencia directa de la aplicación de una norma imperativa. Ello permitirá que, en el examen comparativo, se pueda realizar alguna teorización con mayor grado de precisión y rigor técnico. Así, la nulidad presenta unos efectos claramente propios de un fenómeno de naturaleza estructural, radical y automática en términos de ineficacia contractual<sup>147</sup>. Ello supone que

---

<sup>147</sup>Como señala VARGAS BENJUMEA, “dentro del contexto del contexto de eficacia e ineficacia ante el que nos hemos situado, el negocio nulo se ha definido como aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. (...) Nulidad que es estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato, y radical o automática, en el sentido que opera ipso iure y sin necesidad de acudir a los Tribunales, ejercitando una acción impugnatoria (aunque en ocasiones resulta conveniente acudir a los Tribunales en ejercicio de una acción de nulidad, con el fin de destruir la apariencia creada por el negocio nulo, acción que como posteriormente veremos es declarativa e imprescriptible). Cfr. VARGAS BENJUMEA, I. “La nulidad radical o absoluta del contrato” en *Actualidad civil*, nº 17, octubre 2006, pp. 2021 y ss.

En este sentido, la STS de la Sala Primera de 13 de febrero de 1985 aporta algunas notas de interés. Así, señala que el negocio jurídico es nulo cuando el contrato en cuestión no cumple con las normas imperativas o prohibitivas, así como también como cuando no existe por la ausencia de alguno de sus elementos esenciales.

el contrato no produce consecuencias en la esfera jurídica que, en todo caso, se extienden en su integridad<sup>148</sup>.

Por tanto, resulta preceptiva esta recapitulación sobre aquellos supuestos generales en los que el Código Civil, a través de una norma imperativa, impone la nulidad total de la relación contractual. Existen dos importantes reglas a este respecto. Por un lado, destaca lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil. Consecuentemente, un contrato será nulo cuando no concorra alguno de los elementos esenciales para su formación (consentimiento, objeto y causa).

Desde un prisma menos genérico y más práctico, cabe hacer alguna consideración más precisa. Respecto al consentimiento, el contrato adolecerá de nulidad cuando exista una ausencia absoluta de éste o cuando no concurren dos o más voluntades libres, distintas y autónomas<sup>149</sup>.

En relación con el objeto del contrato, es interesante resaltar que el contrato será inválido si no existe, hay una falta absoluta de determinación (art. 1.273 CC) o es ilícito (1.271 y 1.272 y 1.305 CC)<sup>150</sup>. Igual sucede con el requisito esencial de la causa, el contrato constituirá un supuesto de nulidad si ésta es ilícita o no queda probada su existencia (1.275, 1.305 y 1.306 CC)<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup>Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. op.cit, vol I, p. 472.

<sup>149</sup>Cfr. BARNETT, R.E. “Una teoría del consentimiento contractual” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 49, 2004, pp. 47-79; BOSCH CAPDEVILA, E. “Los vicios del consentimiento” en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (dir. Antoni Vaquer Aloy y otros), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 195-222; MORATILLA GALÁN, I. “Contratos: su perfeccionamiento por el mero consentimiento” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 681, 2004, p. 369.

<sup>150</sup>Cfr. RAMS ALBESA, J.J. “El objeto ilícito de los contratos” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1877-1881; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Artículo 1271. Objeto de los contratos” en *Código civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 3, 2011, pp. 662-667.

<sup>151</sup>Cfr. CLAVERÍA GONSÁLBES, L.H. “La causa del contrato” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1998, pp. 2194-2195; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. “Sobre la causa de los contratos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, pp. 1016-1028; MARÍN LÓPEZ, M.J. “La causa del contrato” en *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2007, pp. 2649-2672; MORALES MORENO, A.M. “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, pp. 455-476.

Habrán también determinados contratos en los que el incumplimiento de unas observancias formales supondrá su nulidad; es decir, hay reglas que imponen para algunos contratos la esencialidad del requisito de forma<sup>152</sup>. Sirvan también como artículos para la reflexión sobre este punto el 633 y el 1257 del Código Civil.

Por último, cabe reseñar, nueva y muy sucintamente, lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil. Según lo contemplado en este precepto, la contravención de una norma prohibitiva o imperativa supone la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico en cuestión, salvo excepción legalmente prevista.

Éste es el esquema general normativo que regula la categoría de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico y que pivota, fundamentalmente, sobre los artículos 1.261 –y siguientes– y 6.3 del Código Civil. Sin embargo, resulta evidente que estas reglas no constituyen un circuito jurídico con el alcance suficiente para satisfacer la problemática que surge en torno a esta cuestión. Estas reglas integran, por así decirlo, el marco genérico sobre la nulidad contractual.

### *3.1.2. Normas específicas sobre la nulidad total y la nulidad parcial.*

Existen, sin embargo, otro tipo de normas de contenido más específico y aplicables a determinados contratos. Dentro de este último bloque, integrado por preceptos más concretos, pueden distinguirse aquellos que optan bien por la nulidad parcial bien por la nulidad total. Algún autor ha tratado, con buen resultado, de establecer una categorización a este respecto<sup>153</sup>.

Dentro de esta clasificación normativa, que dado su interés y solidez se erige como el criterio más razonable, pueden encontrarse tres grandes grupos. El primero de ellos estaría compuesto por aquellas reglas cuyo contenido nos establece que la nulidad de un pacto,

---

<sup>152</sup>Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Forma y documentación del contrato” en *Tratados de contratos* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 753-804; POVEDA BERNAL, M.I. “Forma del contrato” en *Código europeo de los contratos: comentarios en homenaje al Prof. Don José Luis de los Mozos y de los Mozos* (coord. Carlos Vattier Fuenzalida), vol. I, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 227-248; PACHECO GALLARDO, M. “El contrato y sus elementos esenciales” en *Diario La Ley*, nº 8740, 2016.

<sup>153</sup>Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA. C. op.cit., pp. 85-100.

cláusula, estipulación o disposición contractual se hace extensible al resto del contrato. Así, nos encontraríamos ante un supuesto específico de nulidad total.

Sirven, como muestra y sin ánimo de ser exhaustivo, los artículos 1.583, 1.629 y 1.668 del Código Civil. El artículo 1.583, relativo al servicio de criados y trabajadores asalariados y mencionado con anterioridad, dispone que “puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”. Así, sería nulo si en un contrato de esta naturaleza se introdujera una cláusula para la duración vitalicia de la relación contractual.

Por su parte, el artículo 1.629, sobre el censo enfitéutico estipula que “al constituirse el censo enfitéutico se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse”. En este caso, si el valor de la finca y de la pensión anual no se determina en el contrato adolecerá de nulidad total, aunque el resto de su contenido sea perfectamente válido y ajustado a Derecho

Finalmente, el artículo 1.668 determina que “es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura”. Al igual que sucede con los casos anteriores, se impone la nulidad del contrato de sociedad si los bienes inmuebles aportados no se inventarían con la correspondiente firma de las partes.

Como puede observarse del tenor literal de estos preceptos, el legislador aboga por la nulidad completa como sanción frente a un defecto o falta de alguna de las exigencias para la plena validez de la relación contractual en cuestión. Respecto a la técnica legislativa utilizada cabe destacar que, con las diferencias propias de las características de cada contrato, el modelo utilizado es bastante similar.

Se establece una regla general para, a continuación, introducir una especie de advertencia respecto al posible incumplimiento de alguna de las previsiones legales que el propio precepto introduce. Mención aparte merece lo contemplado en el artículo 1.256 del Código Civil. Algún autor ha defendido que, conforme a su contenido, debe integrarse en

esta clasificación dogmática sobre las normas de la nulidad<sup>154</sup>. La regla en cuestión señala que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

La dicción de este precepto no parece ser lo suficientemente clara como para apoyar el razonamiento que defiende su inclusión en este primer grupo de normas que expresamente imponen la nulidad total del contrato. La fuerza de la expresión “no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” no parece tener la suficiente entidad para considerarse que su incumplimiento sea motivo de nulidad total.

En todo caso y, como más adelante se observará, esta norma presenta más bien las características propias de aquéllas que no se inclinan ni por la nulidad parcial ni por la total –o por lo menos de forma expresa–, junto con otros artículos de similar perfil.

### *3.1.2.a. Las normas sobre nulidad parcial con finalidad eliminatória*

Una segunda agrupación es aquella compuesta por aquellas normas que establecen la nulidad parcial de forma expresa excluyendo, obviamente, la nulidad total del contrato. A partir de aquí, se suele hacer una distinción entre aquellas reglas eliminatorias, reductoras y sustitutorias. A efectos de clarificar las diferencias entre unas y otras, lo más conveniente será aportar a esta categorización algunos ejemplos.

La primera subcategoría de las normas que expresamente imponen la nulidad parcial está conformada por aquellas que presentan un carácter eliminatorio; es decir, el objeto de su existencia es el de hacer desaparecer aquellos pactos contrarios a lo dispuesto por su contenido.

Son, por tanto, normas que limitan la autonomía privada en las relaciones jurídico-patrimoniales en nuestro ordenamiento. Su función no se circunscribe únicamente a

---

<sup>154</sup>Sobre este artículo, GÓMEZ DE LA ESCALERA considera que “aunque no establece la nulidad total del contrato de forma expresa, cabe incluir en este grupo de normas la recogida en el art. 1.256. La ratio de este precepto exige considerar nulo en su totalidad el contrato que contenga un pacto en virtud del cual se deje al arbitrio de uno de los contratantes la validez y/o el cumplimiento del mismo”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., pp.85-86.

limitar, en abstracto, las disposiciones contrarias a su tenor, sino que la propia regla se encarga de extirparlas de toda la unidad contractual.

Muchos y muy variados son los ejemplos que nuestro Código Civil recoge como normas imperativas de nulidad parcial con una función eliminatoria. Sirvan como meras ejemplificaciones las contempladas en el artículo 641.2, 1.116.2, 1.260 o 1.476 del citado texto normativo.

El artículo 641.2 establece que “la reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación”. Pese a constituir un ejemplo de norma con función eliminatoria, la problemática con este precepto viene dada por el negocio jurídico al que se refiere, la donación.

No es objeto del presente estudio abordar la tan discutida naturaleza jurídica de la donación y el eterno debate doctrinal sobre su carácter contractual o no<sup>155</sup>. Al margen de esta cuestión y si se considera como un contrato –cuestión sobre la que más bien discrepo–, el artículo 641.2 del Código Civil puede constituir un buen ejemplo de este tipo de reglas en conexión con la nulidad parcial.

El artículo 1.116.2 del Código Civil estipula que “la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”. Por su parte, el artículo 1.260 establece que “no se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera se tendrá por no puesto” y el artículo 1.467 señala que “será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte”.

En todos estos artículos el legislador opta por una fórmula similar. La redacción de estos preceptos sanciona una determinada conducta –en términos prohibitivos o de

---

<sup>155</sup>Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. “La naturaleza de la donación” en *Revista jurídica del notariado*, nº 38, 2001, pp. 71-100; DURÁN RIVACOBA, R. *Donaciones encubiertas*, Bosch, Barcelona, 2009; Ferrandis Vilella, J. “Donación traslativa y contrato de donación” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 4, nº 9, 1960, pp. 579-609; DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “La donación el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica” en *Revista de Derecho Privado*, vol. 55, nº 8-septiembre, 1971, pp. 803-820; RUBIO TORRANO, E. “¿Es la donación un contrato?” en *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº2, 2003, pp. 1889-1892.

delimitación negativa, generalmente— con la calificación más habitual de considerarlos como “no puestos”<sup>156</sup>.

Ello supone, a todos los efectos, una clara declaración de nulidad ya que es una de las principales consecuencias de esta categoría: negar los efectos jurídicos de todo aquello que sea inválido. En este sentido, resulta razonable considerar que la expresión “por no puestas” se refiere a un claro caso de nulidad parcial.

Hay, fundamentalmente, dos razones que parecen fundamentar esta tesis. Por un lado, porque si la cláusula, pacto, estipulación o disposición contractual se tiene “por no puesto” implica que en el plano jurídico no despliega efectos, aunque en el plano fáctico haya existido; es decir, se está abogando por la nulidad.

De otro, cabe señalar que, evidentemente, se hace referencia únicamente a una parte de la relación contractual. Si el legislador hubiese apostado por una nulidad total en estos supuestos, así lo habría dispuesto, tal y como sucede en otros casos. Por este motivo, la nulidad de la relación contractual en cuestión será en todo caso parcial, circunscrita únicamente a la parte que adolezca de nulidad por no cumplir con los requisitos legalmente previstos. El resto del contenido del contrato será perfectamente válido y eficaz.

Fuera del ámbito contractual, como muestra de la verdadera voluntad legislativa de considerar la nulidad parcial como una solución plausible, podemos encontrar con otros preceptos de corte muy similar. Estas reglas cuentan con una previsión legal con unas consecuencias jurídicas y una formulación prácticamente idénticas. Así, en el artículo 45.2 del Código Civil, relativo al matrimonio, se determina que “la condición, el término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”).

También en relación con el negocio jurídico testamentario, en la que la nulidad parcial tiene un gran impacto<sup>157</sup>, pueden encontrarse normas de este cariz. Dentro de esta esfera

---

<sup>156</sup>Cfr. BORRELL Y SOLER, A. *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1947, p. 346.

<sup>157</sup>Cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, I.C. op.cit, pp. 31 y ss.

destacan, entre otros, los artículos 737.2, 792 y 826 del Código Civil, donde pueden observarse las características anteriormente descritas.

El artículo 737.2 señala que “se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias que las disposiciones futuras, y aquellas en que se ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales”. Por su parte, el artículo 792 regula que “las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”.

El último precepto de esta relación de normas, el artículo 826.3 del Código Civil, establece que “la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”. Se repiten, en todos ellos, las mismas expresiones por parte del legislador tales como “se tendrán por no puestas” –quizás, la más utilizada– o “no producirán efecto” en una función eliminatoria.

En otras normas de la órbita del Derecho privado podemos encontrarnos también con algunas reglas que contemplan la conocida como función eliminatoria. El artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU) es buen ejemplo de ello, al contemplar que “la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”<sup>158</sup>.

El artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) rige que “son nulas y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo que los casos en los que la propia norma expresamente lo autorice”.

El artículo 12 de la Ley General de Publicidad (LGP) impone que “se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento

---

<sup>158</sup>Cfr. ÁLVAREZ MORENO, M.T. “La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto”, Reus, Madrid, 2015.

económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa”.

En cambio, el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) presenta un contenido menos sustantivo y más procesal al señalar que “será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrato”.

Sobre el artículo 10 del Texto Refundido conviene hacer alguna reflexión. Puede observarse que su redacción contempla un doble régimen sobre la nulidad. En la primera parte del precepto se puede contemplar como el legislador opta por la nulidad parcial en caso de que se inserte en cualquier relación contractual una cláusula que provoque la renuncia de los derechos de consentimiento.

Menor claridad ofrece la segunda parte del artículo, en la que se afirma que serán nulos los actos realizados en fraude de ley, conforme a lo que dispone al artículo 6 del Código Civil. Esta remisión parece ofrecer una nulidad total, en términos generales, para aquellos casos en los que se contravenga alguna norma imperativa, en consonancia con lo contemplado en el consabido artículo de la norma iusprivatista por excelencia. Quizás, lo más razonable sea considerar esta segunda parte del artículo 10 como una cláusula de cierre o una regla de contenido general y abstracto.

Este primer grupo de normas, las conocidas como reglas con función eliminatoria reciben también la denominación de normas limitativas por parte de algún autor<sup>159</sup>. Sin embargo, este término puede pecar, si se permite la expresión, de excesivamente ambiguo y proclive a la confusión. Puede observarse que los preceptos que integran esta primera subcategoría cumplen una función de eliminación, no de limitación. Estos preceptos “eliminan” por ser nulas, directamente y sin ambages, aquellas cláusulas contrarias a lo dispuesto en su tenor.

---

<sup>159</sup>Discrepo, por tanto, con LÓPEZ FRÍAS cuando señala que “(...) el efecto característico de estas normas es la supresión total de un pacto o estipulación que no va a ser modificativo ni sustituido por otro. Por ello se les puede denominar ‘limitativas’, en cuanto que establecen límites generales negativos al ejercicio de la autonomía privada”. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A.M. op. cit., p. 856.

No es una falacia que, en cierto modo, este tipo de normas limitan la autonomía privada, esto es, la voluntad de las partes. Sin embargo, el término “limitativas”, en el fenómeno de la nulidad parcial, puede dar lugar a interpretaciones erróneas, máxime si se observa el resto de esta clasificación normativa y sus denominaciones.

El lenguaje jurídico debe ser siempre claro, concreto y conciso. Por ello, es muy importante que los términos y conceptos faciliten la comprensión, independientemente de quién sea el operador jurídico<sup>160</sup>. Por consiguiente, debe buscarse el necesario equilibrio entre la precisión y el rigor técnico con la sencillez, que no simpleza, terminológica.

En este sentido, el empleo del término “normas con función limitativa” puede no expresar, suficientemente y de forma fidedigna, la verdadera finalidad de estos preceptos: hacer desaparecer aquellos pactos contractuales nulos y sus consecuencias. A modo de conclusión sobre este punto, se puede afirmar que lo más correcto es mantener la denominación de normas con función eliminadora.

### *3.1.2.b. Normas imperativas sobre nulidad parcial con función moduladora*

Como segunda gran subcategoría de normas imperativas que imponen la nulidad parcial suele distinguirse aquéllas que tienen una función reductora<sup>161</sup> o reductiva<sup>162</sup>, término poco adecuado también, como más adelante se podrá comprobar si se analizan, con detenimiento, sus características.

---

<sup>160</sup>Cfr. GÓNZALEZ SALGADO, J.A. “El lenguaje jurídico del siglo XXI” en *Diario La Ley*, n° 7209, 2009; DE PRADA GARCÍA, A. “¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos?” en *Eunomia: Revista en Cultura de la legalidad*, n° 7, 2014, pp. 76-84; MUÑOZ ÁLVAREZ, G. “La modernización del lenguaje jurídico” en *Diario La Ley*, n° 7384, 2010.

<sup>161</sup>Denominación empleada por GÓMEZ DE LA ESCALERA, que afirma que “como la ratio de estas normas es impedir que los actos de autonomía privada rebasen los límites legales, la sanción más adecuada para los contratos que incluyen la disposición ‘excesiva’ o ‘extralimitada’ no es la de su nulidad total, sino la ‘reducción de los efectos contractuales hasta ajustarlos a los topes legales, esto es, la nulidad parcial del trabajo”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op.cit. p. 87.

<sup>162</sup>Cfr. GRISCUOLI, G. op. cit., p. 86.

Su principal nota diferenciadora no es que prohíban o sustituyan un pacto contractual que pueda adolecer de nulidad, sino que se encargan de que la disposición del contrato en cuestión se ajuste, tanto cuantitativa como cualitativamente, a los límites o plazos legalmente establecidos<sup>163</sup>.

En consecuencia, la función de estas reglas es que los efectos de esa estipulación contractual no rebasen o excedan los plazos o límites cuantitativos que en la normativa aplicable a cada contrato se determinan. Ello supone, en definitiva, que el contenido de estos preceptos debe ser claro y concreto.

La claridad y concreción de estas reglas debe reflejarse en la determinación bien del *quantum*, bien del plazo o de cualquier otro elemento; es decir, algo que nos sirva como parámetro para proceder a la propia modulación de la cláusula contractual con visos de nulidad. En el plano eminentemente práctico, la operación que debe producirse es la adaptación de su contenido a lo normativamente estipulado.

A efectos meramente ilustrativos, puede tomarse como buen ejemplo de norma imperativa con función reductora o reductiva lo contemplado en el artículo 1.508 del Código Civil. Este precepto, relativo al derecho de retracto convencional, dispone que “el derecho de que trata el artículo anterior durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años”.

Por consiguiente, si las partes contratantes establecen un pacto superior al legalmente establecido –por ejemplo, de quince años–, el legislador determina que estamos ante un supuesto de nulidad parcial. Por ende, modula o reduce, siguiendo la tradicional denominación de esta subcategoría, esa disposición hasta el límite máximo contemplado en el citado artículo.

---

<sup>163</sup>Siguiendo la discutible denominación de normas “reductivas”, LÓPEZ FRÍAS señala que “junto a las normas ‘reductivas’, esto es, aquéllas que, respecto a un pacto o disposición contractual singular, constriñen, la cantidad de su objeto o la duración de sus efectos. En estas hipótesis, el pacto que resulte nulo por sobrepasar el límite cuantitativo o temporal marcado por la ley no se suprime en la regulación contractual, sino que permanece válido y eficaz, aunque ‘reducido’. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, op. cit. p. 856.

Como sucede con el bloque normativo precedente, existen múltiples reglas del Código Civil que sirven de ejemplo y que ponen de manifiesto su función reductora o reductiva. Pueden citarse, entre otros, los artículos 400, 515 o 1.826, sobre los que conviene hacer alguna reflexión, aunque no pertenezcan estrictamente al ámbito contractual.

El artículo 400 determina que “ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”<sup>164</sup>.

Por su parte, el artículo 515 contempla que “no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, antes de este tiempo, y el pueblo quedará yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo”<sup>165</sup>.

El artículo 1.826, una de las reglas del contrato de fianza, establece que “el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites del deudor”.

Al igual que ocurre con los ejemplos de las normas con función eliminatoria, estos artículos presentan también entre sí el mismo patrón. El legislador establece una previsión con un límite, generalmente, determinado cuantitativamente. Sin embargo, no hace referencia a las consecuencias de su incumplimiento, aparte de la consabida nulidad del acuerdo contrario a lo legalmente establecido.

---

<sup>164</sup>Sobre este artículo 400 del Código Civil, en un caso de duración indefinida de un pacto de indivisión, el Tribunal Supremo determina que “(...) en cumplimiento de una norma de inexcusable observancia, que por ser de derecho necesario domina la voluntad contraria de las partes, saca las consecuencias de párrafo primero, art. 400 del expresado Código, frente a un plazo de duración indefinida que por serlo, queda fuera de la previsión excepción del artículo 400 del propio Código”. Cfr. STS de la Sala Primera de 17 de mayo de 1958.

<sup>165</sup>Sobre el artículo 515 del Código Civil, en un caso de usufructo de montes constituido a favor de un pueblo, el Tribunal Supremo reduce el plazo conforme al límite legalmente establecido argumentando que “aunque la concesión fue hecha a perpetuidad legalmente quedó reducida a treinta años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 515 del Código Civil”. Cfr. STS de la Sala Primera de 15 de abril de 1988.

Bien es cierto que, por ejemplo y excepcionalmente, en el artículo 1.826 del Código Civil se contempla de forma expresa en qué términos debe realizarse la reducción correspondiente al amparo del enunciado “si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites del deudor”.

El resto de los artículos mencionados parecen constituir un elenco de normas imperativas moduladoras de contenido tácito. Así, no establecen esta necesaria modulación de la disposición contractual, sino que su propio tenor lleva implícito que esos pactos se ajusten a unas determinadas condiciones, normalmente plazos.

Cabe, en este punto, abordar la cuestión referida a la denominación de esta subcategoría. Parece más apropiado, dada la finalidad de estas reglas, hablar en todo caso de normas imperativas con finalidad moduladora. El término reductivas o reductoras no facilita, a priori, una fácil asociación del tipo de norma con su verdadera funcionalidad.

La función reductiva o reductora parece quedar circunscrita a una visión únicamente cuantitativa cuando no siempre, como se ha puesto de manifiesto en algún artículo en concreto, sucede así. Por ello, el concepto de función moduladora parece más amplio y, a su vez, más preciso o con menos espacio para la confusión.

Estos preceptos modulan, por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes y, de otro, elementos insertos en el contrato. La modulación es, por tanto, cuantitativa y también cualitativa.

Si se prefiere, puede defenderse que existe una modulación en sentido amplio –la relativa a la intención de los sujetos intervinientes y su necesaria concordancia con la norma vigente– y otra en sentido estricto –la real o efectiva, consistente en ajustar cuantitativamente el contenido del pacto contractual conforme al criterio legalmente establecido–.

### *3.1.2.c. Normas imperativas sobre nulidad parcial con función sustitutoria*

Dentro de la triple división de normas imperativas de nulidad parcial queda por examinar el último gran bloque de artículos, el de aquellas normas que presentan una finalidad

sustitutoria<sup>166</sup>. La principal característica es que lo contemplado en estos preceptos reemplaza la voluntad de las partes, puesto que determinan *ab initio* el propio contenido de los contratos.

Las normas imperativas sustitutorias restringen, desde el mismo momento de la celebración del contrato, la autonomía de voluntad de las partes debido a que reglan desde un primer momento el contrato y sus vicisitudes. La libertad para contratar y la libertad de pactos<sup>167</sup>, propias de la autonomía privada, quedan afectadas, de forma desigual, en aquellos contratos que se encuentran bajo el influjo de las normas imperativas con función sustitutoria.

La incidencia y el alcance de las normas sustitutorias en la libertad para contratar y la libertad de pactos no son idénticos. De hecho, la primera de ellas queda intacta: el sujeto puede decidir, con plena independencia, si contrata o no. En cambio, la libertad de pactos suele verse absolutamente eclipsada por la norma imperativa sustitutoria en cuestión.

Consecuentemente, los sujetos tienen, en estos supuestos, plenas facultades y autonomía para contratar. Sin embargo, su libertad para pactar se ve claramente limitada; es decir, su capacidad decisoria para decidir los pactos a incluir en el contrato y su contenido se ve constreñida por lo dispuesto por estas normas sustitutorias. Algún autor, exponente y defensor de esta categorización tripartita, ha predicado de este tipo de normas tres notas características: su heteronomía, su elevado perfil social y su carácter necesario<sup>168</sup>. Resulta necesario realizar algún apunte sobre ello.

La heteronomía de las normas imperativas con finalidad sustitutiva resulta obvia. La regulación que estas reglas establecen respecto del contrato es dada, por un lado, por un agente externo a las partes contratantes –el legislador–. De otro, es ajena a su autonomía, ya que viene determinada *ad casum* por el propio legislador.

---

<sup>166</sup>Se emplean, indistintamente, los términos sustitutoria y sustitutiva para referirse a este tipo de normas. Cfr. GRISCUOLI, G. op. cit., p. 91.

<sup>167</sup>Cfr. ATAZ LÓPEZ, J. “La libertad contractual” en *Tratado de contratos*, (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves I. Moralejo Imbernón y María Susana Quicios Molina), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 129-140; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Contrato y libertad contractual” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº49, 2004, pp. 15-21.

<sup>168</sup>Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op.cit. p. 95.

No provienen, por tanto, de la autonomía de la voluntad de las partes. La voluntad de las partes queda desplazada por la existencia de una norma imperativa que regula el contrato. Como es sabido, el concepto de heteronomía se opone al de autonomía: cabría plantearse, con mayor sosiego, si el término no resulta un tanto redundante o ambiguo. Resulta harto complejo imaginarse un caso de norma imperativa sustitutoria y autónoma.

La segunda de las notas distintivas de las conocidas como normas imperativas con función sustitutoria es la de su perfil o finalidad social. Parece entenderse que el afán tuitivo de estas reglas tiene su fundamento en la protección de la parte considerada tradicionalmente como débil.

Con la inclusión de este tipo de preceptos en los diferentes instrumentos normativos que integran la esfera iusprivatista del ordenamiento jurídico español, el legislador ha procurado ofrecer un estatus de mayor protección jurídica a determinados sujetos que, en el ámbito contractual, pueden encontrarse en una situación de inferioridad respecto a la otra parte.

En el ámbito del Derecho Civil, podemos encontrar como un ejemplo bastante antiguo la regulación contemplada en la Ley de Usura, del año 1908. Están vigentes, y sirven como ejemplo también, algunas normas más actuales y de gran impacto social en el tráfico jurídico como la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), la Ley de Contrato de Seguro (LCS), el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCG).

Si bien, hay que resaltar que estas últimas leyes fueran promulgadas como respuesta ante el fenómeno de los contratos en masa o contratos de adhesión, en los que aparte de proteger a la parte débil se intenta garantizar que no se incluyan en el contrato cláusulas que adolezcan de nulidad por abusivas o ilegítimas por vulnerar sus derechos.

La nulidad parcial de estas cláusulas no siempre deriva de normas imperativas sustitutivas, sino que puede hacerlo por contravenir normas de Derecho positivo. Por ejemplo, porque rompen el necesario equilibrio entre las partes contratantes o porque son contrarias a la buena fe, entre otros muchos supuestos posibles.

Este fin social o protector de las normas imperativas sustitutivas implica que, en el plano más práctico, lo dispuesto en el contrato pueda –o incluso deba– ser más beneficioso para la parte débil. De hecho, podría llegar a afirmarse que estas reglas establecen un *mínimum*, una básica esfera de protección de la parte débil –como sucede en el Derecho del Consumo con la figura del consumidor–.

A partir de este razonamiento, nada parece impedir apriorísticamente que su contenido sea distinto a lo establecido legalmente, siempre y cuando lo contemplado en el artículo o artículos correspondientes –vid. arts. 2 LCS y 123 TRLGDCU– resulte más ventajoso para sus interesados.

El artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) establece que “las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

Este precepto constituye un claro ejemplo de la reflexión expuesta sobre la finalidad social de las normas imperativas sustitutorias. El legislador introduce como regla general que las normas de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) tienen un carácter imperativo con la salvedad de disposición por ellos mismos en contrario.

En este sentido, la imperatividad de los preceptos integradores de esta ley es relativa y se encuentra limitada por los propios artículos que así lo contemplan; es decir, todos los preceptos gozan de una imperatividad *ab initio*, que puede verse modulada si en el mismo contenido de la norma en cuestión se encuentra esta posibilidad<sup>169</sup>.

En la segunda parte de este mismo artículo se establece una segunda presunción por parte del legislador. Se consideran válidas aquellas disposiciones de un contrato de seguro que

---

<sup>169</sup>Cfr. PANTALEÓN PRIETO, A.F. “Notas sobre la Ley de Contrato de Seguro” en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (coord. por Evelio Verdura y Tuells), vol. 1, CUNEF, Madrid, 1982, pp. 927-942; SÁNCHEZ CALERO, F.J. “Sobre la imperatividad de la Ley de contrato de seguro” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. por Juan Luis Iglesias Prada), vol. 3, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2985-3004.

puedan resultar más ventajosas para el asegurado. No parece descabellado considerar esta previsión como una presunción de validez, en la que lo complicado de determinar es qué se entiende por realmente beneficioso para el asegurado y cómo es el cauce para confirmar el carácter válido de esas cláusulas contractuales.

Así y a modo de resumen, puede afirmarse que este precepto contempla una doble presunción: la de imperatividad y la de validez. Por un lado, los artículos de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) son imperativos, con la salvedad anteriormente reseñada. De otro, existe una presunción de validez respecto de aquellas estipulaciones contractuales más favorables a los intereses de los asegurados.

Por su parte, el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) reconoce lo que se denomina garantía legal en el ámbito contractual de consumidores cuyo plazo, general y mínimo, es de dos años. En un ejercicio de hipótesis, supongamos que un contrato de esta naturaleza extiende la garantía hasta los cinco años. Es un claro supuesto en el que existe una doble protección. El legislador establece un plazo mínimo de dos años para el consumidor –considerada parte débil en la relación contractual–, con el fin de que pueda reclamar frente al vendedor<sup>170</sup>.

A su vez y de forma paralela, existe una disposición contractual válida y eficaz cuyo contenido es más ventajoso para el consumidor que, en este caso, podrá gozar de una garantía con un mayor plazo, a efectos de posibles reclamaciones. Se establece, por tanto, una especie de cláusula de mínimos.

Circunstancia que no podría materializarse *sensu contrario*; es decir, no podría pactarse un plazo de garantía menor al que establece la previsión legal. En este caso, podría observarse, con meridiana claridad, la finalidad social de una norma imperativa sustitutiva. Si se establece un plazo inferior al regulado por la previsión legal, el pacto contractual que así lo dispusiera sí adolecería de nulidad.

---

<sup>170</sup>Cfr. LÓPEZ MAZA, S. “La garantía legal y la garantía comercial en la venta de bienes al consumo: régimen español” en *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto de consumidor* (coord. por Mateo Sánchez García), Universidad de Bogotá, 2013, pp. 50-90; VATTIER FUENZALIDA, C. “Sobre la garantía legal en las ventas al consumo” en *Diario La Ley*, nº 7040, 2008.

Finalmente, cabe hacer una sucinta referencia a la tercera de las notas características de este tipo de normas. El carácter necesario de estas reglas tiene su traducción en que son preceptos de *ius cogens*. La principal consecuencia de esta imperatividad es que estas normas no son susceptibles de ser alteradas por los acuerdos surgidos por la autonomía y voluntad de las partes contratantes. A este respecto resulta preceptivo recordar nuevamente que, pese al carácter imperativo de estas normas, se puede reconocer sí cabe alguna intervención o impacto de la voluntad de las partes, como en líneas anteriores se manifestaba.

Bajo la condición de que se respete la protección jurídica mínima que el legislador ha previsto para la parte débil, los sujetos intervinientes pueden introducir pactos siempre y cuando éstos resulten más ventajosos y que amplíen sus derechos como consumidor, asegurado o arrendatario. Asimismo, puede afirmarse a la luz del análisis expuesto que la contravención de una norma imperativa sustitutoria no supone la nulidad total del contrato, sino que, con carácter general, el legislador ha tratado de establecer la nulidad parcial como solución a esta circunstancia<sup>171</sup>.

A modo de conclusión, cabe afirmar que la triple distinción de reglas específicas sobre nulidad parcial –eliminadoras, moduladoras y sustitutorias– permiten afrontar con cierto grado de éxito el análisis de la distinción entre la nulidad total y la nulidad parcial del contrato, tanto desde el punto eminentemente dogmático como desde el punto de vista práctico.

Esta teorización facilita, en primer lugar, la distinción sobre la nulidad total y la nulidad parcial conforme a la voluntad del legislador. Así, si se atiende al tenor de los preceptos generales sobre nulidad se puede determinar si, bajo el paraguas de los requisitos y las circunstancias de la relación contractual, el contrato adolece de nulidad en su totalidad o tan solo en una parte.

---

<sup>171</sup>A este respecto, cabe mencionar algún pronunciamiento jurisprudencial relativamente reciente en el que se ha matizado esta regla general en algún caso concreto. Así, en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 se establece como doctrina jurisprudencial que “la condición general de los contratos de préstamo con consumidores que contenga una disposición por la que se establezca la firma por el prestatario de un pagaré en garantía de aquel, en el que e importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser considerada inserta en el contrato de préstamo, y, en consecuencia, conlleva la ineficacia de la relación cambiaria”. Cfr. STS de 12 de septiembre de 2014.

### 3.2. La responsabilidad precontractual derivada de la nulidad parcial del contrato

La construcción jurídica sobre la responsabilidad precontractual, también denominada *culpa in contrahendo*, tiene su origen en el Derecho alemán de la primera mitad del siglo XIX<sup>172</sup>. La propia figura del precontrato es un tema que ha generado una gran controversia doctrinal sobre su concepto, alcance y caracterización<sup>173</sup>, así como una abundante jurisprudencia<sup>174</sup>.

El planteamiento de VON IHERING<sup>175</sup>, precursor principal de la teoría sobre la *culpa in contrahendo*, pivota sobre las dudas acerca de la posible responsabilidad de la parte que hubiera incurrido en error esencial y hubiese causado un daño a la contraparte en la celebración de un contrato. Su conclusión se asienta sobre la idea de que la parte que provoca la nulidad del contrato debe responder por el daño causado. Si bien, no es responsable por la nulidad en sí del contrato, sino por no cumplir con su deber de conocerlo y, consecuentemente, por su falta de prevención a la otra parte<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup>Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo” en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2010; SALGADO RAMÍREZ, C. “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering: aproximación doctrinal” en *Revista de Derecho Privado*, nº 22, 2012, pp. 277-298; VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, Reus, Madrid, 2012, pp. 13-25.

<sup>173</sup>Cfr. BERNAD MAINAR, R. “Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 743, 2014, pp. 1233-1263; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Notas sobre el denominado precontrato” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González), vol. 1, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1081-1092; MARÍN NARROS, H.M. “Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 718, 2010, pp. 487-518.

<sup>174</sup>Cfr. SSTS de 4 de julio de 1991, 3 de junio de 1994, 23 de diciembre de 1995, 24 de julio de 1998, 14 de diciembre de 2006 y 30 de enero de 2008, entre otras.

<sup>175</sup>El concepto de culpa in contrahendo aparece recogido, por primera vez, en 1861 en la obra de RUDOLF VON IHERING “*Culpa in contrahendo oder Schandensersatz bei nichtigen oder nich zur Perfection gelangten Verträgen*” en *Jahrbucher für die Gomatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, tomo IV, 1861.

<sup>176</sup>Como señala GARCÍA RUBIO, “el origen de la teoría de la culpa in contrahendo (c.i.c.) se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando Rudolf Von Ihering trató de responder a la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa. El análisis de las fuentes romanas le lleva a sostener que la parte que ocasiona la nulidad del contrato responde frente a la otra del daño causado por la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra, causándole con ello un daño. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

Conviene hacer algún matiz terminológico, pues no es para nada infrecuente encontrarse el uso indistinto de los términos *culpa in contrahendo* y responsabilidad precontractual. Originariamente, la expresión utilizada para referirse a esta figura jurídica era la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Si bien cabe plantearse si es la mejor fórmula de todas las posibles. Como siempre sucede en la ciencia jurídica, el uso de la adecuada terminología es más importante que de lo que a priori puede deducirse.

En este sentido, el ordenamiento jurídico alemán, origen de esta teoría, continúa empleando la expresión responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Sin embargo, este concepto engloba también otros supuestos de responsabilidad en la fase de preparación del contrato en la que no se contempla la incidencia de la culpa o el dolo<sup>177</sup>. Ello conlleva a que algún autor apueste por el manejo de términos como responsabilidad precontractual o responsabilidad en la formación del contrato<sup>178</sup>. La interpretación que se realiza en la doctrina es de lo más variada<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup>Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 25-48.

<sup>178</sup>“(…) conviene aclarar que originariamente el término utilizado para designar a la responsabilidad que nos ocupa fue *culpa in contrahendo* o, más exactamente, responsabilidad por culpa in contrahendo, ésta es aún la expresión más utilizada en el ordenamiento que ha construido y desarrollado la figura, el alemán. (...) Tanto en el Derecho alemán como, por ejemplo, el suizo reconocen hipótesis de responsabilidad surgida en la etapa de preparación del contrato en las que no se da un criterio de imputación objetivo (culpa o dolo); por ello, algún sector de la doctrina prefiere utilizar los términos responsabilidad precontractual o responsabilidad en la formación del contrato. Cfr. VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, op.cit., p. 23.

<sup>179</sup>La mayoría de la doctrina civilista española defiende la coexistencia y uso de ambos términos puesto que en el Derecho Civil español se exige una acción dolosa o culposa para que pueda darse un caso de responsabilidad precontractual. En esta línea, cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 21.

Sin embargo, algún otro autor defiende que no cabe su uso indistinto. En este sentido, MEDINA ALCOZ considera que la utilización de la expresión *culpa in contrahendo* no es adecuada y que debe usarse el concepto de responsabilidad precontractual. Su razonamiento se fundamenta en la idea de que el artículo 1.902 del Código Civil requiere la culpa como presupuesto para exigir la reparación del daño causado. Cfr. MEDINA ALCOZ, M. “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: normas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual” en *Revista de Derecho Privado*, nº 3, 2005, p. 104.

Por su parte, VALÉS DUQUE señala que “en esta cuestión terminológica, de utilizar la expresión culpa in contrahendo, por un lado, o responsabilidad precontractual, por otro, o ambas indistintamente, el Reglamento del Parlamento Europeo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II, incluye en su art. 12 una regulación específica, que en la versión española, aparece como *culpa in contrahendo*. La terminología que se emplea, en sus distintas versiones, es variada, empleándose tanto la expresión responsabilidad precontractual como *culpa in contrahendo* o responsabilidad por tratos previos. No obstante, la expresión *culpa in contrahendo* se utiliza, además de la versión española, en la versión inglesa, francesa, italiana y portuguesa. En la versión holandesa el término utilizado es el de responsabilidad precontractual. En la versión alemana la expresión que titula el art. 12 es de culpa por negociaciones

Más allá de cuestiones meramente léxicas, cabe hacer algún apunte de fondo sobre el que resulta conveniente detenerse. En el Derecho español la doctrina civilista ha planteado interesantes críticas sobre la formulación originaria de IHERING<sup>180</sup>. Entre esas opiniones menos favorables de la construcción sobre la responsabilidad precontractual giran, en primer lugar, en torno a la idea de que se asienta sobre la culpa. A este respecto se considera que también contenía algunos supuestos de la denominada responsabilidad subjetiva.

Asimismo se entiende que la teoría alemana de la *culpa in contrahendo* adolece, en cierto modo, de ciertas disfuncionalidades. No se desarrolla con la suficiente solidez cómo la existencia de un contrato nulo podría originar ciertos efectos jurídicos y, a su vez, constituir un supuesto de responsabilidad por comportamientos realizados previos a su celebración<sup>181</sup>.

En la actualidad, la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico español cuenta con diferentes clasificaciones en función de la visión de cada autor que ha tenido oportunidad de estudiar el tema. No se trata de, en este punto de la investigación, desarrollar todas y cada una de las teorías que existen en torno a ello, sino desglosar algunas de las más significativas. Una primera forma de entender la conocida como *culpa in contrahendo* es dividirla en tres vertientes, bajo los influjos de las doctrinas francesa, italiana y alemana, respectivamente<sup>182</sup>.

En primer lugar, dicha responsabilidad puede derivar de la falta de diligencia en la fase precontractual propiamente dicha. Por otro lado, la responsabilidad precontractual de un determinado sujeto podría venir determinada por un comportamiento antijurídico; es

---

contractuales (*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*)". Cfr. VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, op.cit., pp. 25-26.

<sup>180</sup>Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, op.cit., pp. 30-31; GÓMEZ CALLE, E. "Responsabilidad precontractual" en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5959-5960.

<sup>181</sup>Cfr. VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, op.cit., p. 19.

<sup>182</sup>Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C.I. "Comentario a la STS de 16 de mayo de 1988: Responsabilidad civil. Daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se había hecho confiar" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 17, 2018, pp. 513-528.

decir, cuando se materializa el incumplimiento de una serie de obligaciones jurídicas en la fase preparatoria del contrato. Finalmente, siguiendo esta misma categorización tripartita, se puede imputar a un sujeto responsabilidad precontractual por la propia obligación de indemnizar por los daños causados en la fase preparatoria del contrato<sup>183</sup>.

Otros autores, sin embargo, apuestan por un enfoque distinto en el análisis de la responsabilidad precontractual<sup>184</sup>. Se defiende la agrupación en tres grandes bloques de los diferentes supuestos de responsabilidad por *culpa in contrahendo*: la ruptura injustificada de las negociaciones, la celebración de un contrato inválido por ausencia de buena fe y, en tercer y último lugar, la celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes, con origen en la fase precontractual.

Dada la vinculación de la presente investigación con el Derecho Civil italiano parece razonable aportar alguna idea respecto del tratamiento dado en el ordenamiento jurídico italiano a la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. El *Codice Civile* de 1942, a diferencia de lo que sucedía con el de 1865, contempla en los artículos 1.337 y 1.338 alguna referencia a la responsabilidad precontractual.

El artículo 1.337 del *Codice Civile* dispone, en su versión traducida, que “las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe”. Por su parte, el artículo 1.338 señala que “la parte conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligado a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

---

<sup>183</sup>Como muy bien señala VALÉS DUQUE en su monografía sobre la responsabilidad contractual en el Derecho español, “tal expresión no ha sido utilizada nunca en su primer sentido, que, curiosamente, parece el más acorde con las palabras. El segundo significado es el que subyace en la doctrina francesa e italiana de la responsabilidad o por *culpa in contrahendo*; y el tercero es patrimonio alemán. Cfr. VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, op.cit., pp. 22-23.

<sup>184</sup>“Aún cuando pudieran existir otros criterios de clasificación igualmente válidos para sistematizar los grupos de casos constitutivos de responsabilidad precontractual o por c.i.c. nacida de la violación de los deberes dimanantes de la buena fe en la fase precontractual, a efectos expositivos sigue siendo adecuada la tradicional clasificación de los diversos supuestos en tres grandes grupos de casos: (1) la ruptura injustificada de las negociaciones, (2) la celebración de un contrato que a la postre resulta inválido y cuya invalidez trae causa en la violación de la buena fe precontractual y (3) la celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

Cabe señalar que la configuración italiana sobre la responsabilidad precontractual cuenta un doble régimen: la regulación específica de los artículos 1.337 y 1.338 y unas reglas más generales recogidas en el artículo 2.043<sup>185</sup>, muy semejante al artículo 1.902 del Código Civil español. Para que pueda producirse, en el Derecho italiano, un supuesto de responsabilidad precontractual debe probarse la existencia de un daño injusto causado a la otra parte<sup>186</sup>.

A este respecto, la doctrina italiana se ha mostrado bastante crítica en términos generales. Las visiones menos favorables consideran que la ausencia de previsión de sanción en los artículos 1.337 y 1.338 del *Codice Civile* italiano hace que, de alguna forma, la norma específica quede desplazada por una norma más general, como es el ya citado artículo 2.043.

La crítica queda, por tanto, justificada. No tiene mucho sentido que una regla formulada *ad hoc* precise de otra norma, redactada de forma más general, que la matice. Sin embargo, la relación entre los artículos 1.337, 1.338 y 2.043 del *Codice Civile* italiano debe entenderse en condiciones de complementariedad, amén de que la técnica legislativa sea del todo discutible<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup>Cfr. Cassazione civile, Sez. III, sentenza n.º. 24198 del 4 ottobre 2018; Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza núm. 12564 del 22 maggio 2018; Cassazione civile, Sez. I, sentenza núm. 25644 del 27 ottobre 2017; Cassazione civile, Sez. I, sentenza núm. 24295 del 29 novembre 2016; Cassazione civile, Sez. III, sentenza núm. 20932 del 16 ottobre 2015; Cassazione civile, Sez. III, sentenza núm. 2758 del 12 febbraio 2015, entre otras.

<sup>186</sup>“Dos son los aspectos singulares de esta regulación, y que están íntimamente relacionadas: Por un lado, que junto con la regulación específica que hace el Código civil italiano de la responsabilidad precontractual (art. 1.337-1.338), existe la regulación del art. 2.043, una norma amplia de ilícito civil, como nuestro art. 1.902 y el art. 1382 del Código civil francés, y, por otro lado, esa norma amplia de ilícito civil exigía para el dañante que deba resarcir el daño que ha causado a otro, que éste sea injusto. Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 32.

<sup>187</sup>“No obstante, la innovación que suponía esta regulación de la responsabilidad, la doctrina italiana pronto criticó el hecho de que al ser el art. 1.337 una norma desprovista de sanción, debe encontrar su integración en la disposición de carácter general del art. 2.043, regulador de la responsabilidad extracontractual. Pero el papel del art. 1337 y 1.338 en relación con el art. 2.043 se explica en que al imponerse un comportamiento de acuerdo a la buena fe y vulnerar las obligaciones que de la misma surgen, el resultado lesivo es ya sin más injusto; por esta razón, los preceptos citados lo que hacen en aportar [sic] la nota de la injusticia del daño necesaria para la indemnización ex. art. 2.043. En términos simples, la función fundamental que realiza el art. 1.337 es la de permitir extraer de su contravención la nota de antijuridicidad necesaria para hacer a alguien responsable de un hecho lesivo. Efectivamente, el comportamiento que se estima vulnera las obligaciones que la buena fe imponía, es antijurídico y ello permitirá recurrir a las normas sobre responsabilidad contractual, tesis que defienden quienes estiman que lo que existe entre las partes es una relación obligatoria, o sobre responsabilidad extracontractual, tesis que defienden quienes estiman que la responsabilidad aquiliana se deriva de la injusticia del daño por la mera existencia de un comportamiento

Las últimas reformas en materia de obligaciones y contratos en el ordenamiento jurídico alemán han traído consigo la codificación de la teoría de la *culpa in contrahendo* en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>188</sup>. El proceso se ha materializado con la incorporación, tras los cambios habidos en 2002, de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en el párrafo 311 del *Schuldrecht*, el libro de obligaciones del Código Civil alemán.

El segundo apartado del párrafo 311 recoge una serie de deberes, en conexión con lo dispuesto por el párrafo 241.2°. El inicio de conversaciones contractuales, la fase preparatoria contractual o similares contratos negociales dan lugar a una relación obligacional. Por su parte, el tercer apartado del mismo párrafo contempla la posibilidad de que exista una relación obligatoria sin necesidad de que sean partes del contrato, conforme a lo estipulado en el párrafo 241.2°.

La actual formulación alemana de la *culpa in contrahendo* no dista mucha, como puede observarse, de la construcción originaria<sup>189</sup>. El cambio más trascendente recae sobre el plazo de prescripción. En este sentido, el párrafo 195 establecía un plazo general de prescripción de treinta años para este tipo de acciones que no cuenten con un plazo especial. En la actualidad existe un plazo de prescripción, mucho más reducido, de tres años<sup>190</sup>.

Cuestión interesante, aunque un tanto alejada del objeto del presente estudio, es la relativa a la autonomía de la figura; es decir, si la *culpa in contrahendo* constituye una modalidad diferente de responsabilidad respecto de la contractual y extracontractual<sup>191</sup>. En el

---

antijurídico, y por supuesto lesivo. Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 33-34. En este sentido, cfr. también ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *La culpa in contrahendo*, op. cit. p. 207.

<sup>188</sup>Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán” en *Libro homenaje al Prof. Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, Civitas, pp. 1417-1418.

<sup>189</sup>“Tras la codificación, la *culpa in contrahendo* sigue ofreciendo sus perfiles tradicionales. Nada relevante ha cambiado en el contenido o funcionamiento de la institución: el reconocimiento de una relación obligatoria precontractual, el consiguiente carácter contractual de la responsabilidad, las circunstancias determinantes del inicio de la relación, la inclusión de terceros, etc., son extremos que ahora tienen acogida legal, pero que ya estaban plenamente aceptadas. De ahí que se ha producido un cambio, sin duda importante, supone, sin embargo, el mantenimiento del *statu quo*. Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 29.

<sup>190</sup>Cfr. MEDINA ALCOZ, M. “La ruptura injustificada de los tratos preliminares”, op. cit., p. 91.

<sup>191</sup>En palabras de CABANILLAS SÁNCHEZ, “uno de los problemas más debatidos que plantea la responsabilidad precontractual es el relativo a la determinación de su naturaleza. Se cuestiona si se trata de una modalidad de responsabilidad contractual o, por el contrario, de la extracontractual. Cabe incluso

Derecho español la doctrina y jurisprudencia mayoritaria<sup>192</sup> se ha decantado por aplicar las reglas propias de la responsabilidad extracontractual<sup>193</sup>.

La solución sobre la configuración de la responsabilidad precontractual sobre la base del 1.902 del Código Civil merece una reflexión más sosegada en la que toda crítica puede justificarse. Quizás, su régimen debería conformarse de una forma similar a la advertida en el ordenamiento jurídico alemán, que conceptúa la *culpa in contrahendo* como una

---

preguntarse si se trata de una responsabilidad sui generis, no encuadrable ni en la contractual ni en la extracontractual. Es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de culpa in contrahendo, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual (carga de la prueba de la culpa o negligencia, plazo de la prescripción de la acción indemnizatoria, extensión de la indemnización y competencia de los tribunales)". Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 528, 1995, pp. 747-748.

<sup>192</sup>Cfr. SSTs de 31 de marzo de 2003, 22 de febrero de 2007 y 27 de mayo de 2007. Como muy bien indican GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO sobre estos pronunciamientos "lo que interesa ahora no es ni el fundamento de la responsabilidad –si ésta ha de obedecer o no a un reproche culpabilístico o si basta con el riesgo creado por la empresa que obtiene los beneficios derivados de la contratación–, ni siquiera si las soluciones son o no contradictorias para casos similares, sino la absoluta unanimidad en la consideración de que haya habido o no contrato entre el cliente o posible cliente y la empresa comercial u hostelera, en cuyo caso el fundamento de la eventual responsabilidad es pura y simplemente extracontractual y tiene su base en los arts. 1902 y siguientes del CC. En realidad, en estos supuestos se trata de proteger bienes jurídicos (en la mayor parte de las veces, la integridad física de las personas) totalmente ajenos al contrato que se puede o no haber celebrado o incluso nunca tuvo que celebrarse, por lo que creemos que su incardinación en sede precontractual no es la más ajustada". Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", op. cit.

<sup>193</sup>"La teoría que encuentra el fundamento normativo de la responsabilidad precontractual en el artículo 1.902 CC es la dominante en nuestro Derecho, que establece el principio general *neminem laedere*. La presencia del artículo 1.902 CC y la aludida falta de disposiciones como las contenidas en los artículos 1.337 y 1.338 CC italiano han determinado que la doctrina mayoritaria en nuestro Derecho no haya tenido que realizar un gran esfuerzo teórico para justificar la naturaleza aquiliana de la responsabilidad contractual". Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", op. cit., pp. 747-748.

figura autónoma e independiente<sup>194</sup>. En el ámbito europeo, los tratamientos son muy variados y la armonización comunitaria ha sido tan intensa como infructuosa<sup>195</sup>.

Toda vez que se ha establecido el marco conceptual de la responsabilidad precontractual procede analizar la conexión de esta con la nulidad parcial del contrato si es que, en realidad, la hubiere. Se trata pues de examinar las consecuencias de la nulidad parcial contractual y comprobar si hay argumentos jurídicos suficientes para defender que puede dar lugar a un caso de *culpa in contrahendo*.

A este respecto conviene realizar alguna precisión inicial, siguiendo la clasificación tripartita que con anterioridad se había apuntado sobre los supuestos de responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaciones, la celebración de un contrato inválido por ausencia de buena fe y, en tercer y último lugar, la celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes, con origen en la fase precontractual.

La responsabilidad precontractual *per se*, de forma consustancial, busca el resarcimiento; es decir, hace responsable al causante de un daño y le obliga a indemnizar a la persona que lo ha padecido. Es, en términos generales, la base del sistema de responsabilidad civil

---

<sup>194</sup>“Hay que advertir que lo que en Alemania es una auténtica responsabilidad, incrustada entre la extracontractual y la contractual, con régimen propio, en otros países no significa sino una forma global de denominar la sujeción a una obligación de indemnizar por hechos lesivos reconducibles a la formación del contrato, pero que tiene posible fundamento extracontractual –sin un principio de tipicidad del daño–, cuya ausencia en el Derecho alemán fue precisamente el factor determinante de todo el desarrollo de la *culpa in contrahendo*. Por otra parte, en Alemania la *culpa in contrahendo* tiene virtualidad no sólo en casos de invalidez contractual e interrupción de negociaciones contractuales –que es a lo que en otros ámbitos se ciñe la responsabilidad precontractual– sino también de contrato válido, lo que hace que se planteen serios problemas de delimitación entre aquellas obligaciones cuyo incumplimiento determina responsabilidad contractual –por incumplimiento del contrato– y aquellas que dan lugar a una responsabilidad por *culpa in contrahendo*; sin embargo, al quedar al margen de la contratación válida la idea de una responsabilidad precontractual, la cuestión no plantea problemas delimitadores con el campo de incidencia del contrato”. Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 31.

<sup>195</sup>Como señalan GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, “la línea gruesa de la evolución experimentada por la figura de la responsabilidad precontractual en el contexto europeo en las dos últimas décadas marca una señalada tendencia hacia el establecimiento expreso, en normas escritas de diverso contenido y alcance, de un deber general de actuar de conformidad con la buena fe en la fase precontractual, si bien en cierta medida de esta tendencia parece que se alejan, en el ámbito estrictamente interno, los ordenamientos del *Common Law*, incluso en presencia de acuerdos que pretenden contractualizar la etapa prenegocial, como demuestra el caso *Walford v. Miles* (...). En este sentido, cabe apuntar que dentro del marco europeo entendido en su sentido más amplio, que abarca los sistemas jurídicos estatales, el Derecho comunitario y el moderno *ius commune*, ya son abundantes y significativo los pasos dados para positivizar los deberes precontractuales, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

del ordenamiento jurídico español. Siguiendo las tesis del propio IHERING cabe distinguir, en sede de indemnización, entre interés positivo e interés negativo.

Sobre este punto entiende que el propio de la *culpa in contrahendo* es el interés negativo<sup>196</sup>, puesto que el sujeto causante del daño debe reponer a la otra parte en las circunstancias patrimoniales previas como si no se hubiese llegado a plasmar el negocio. No tiene, por el contrario, la obligación de resarcir a la parte dañada con el equivalente de la potencial prestación<sup>197</sup>.

La doctrina española es bastante unánime a la hora de aceptar los postulados de IHERING sobre el interés negativo y la responsabilidad precontractual, por lo menos en la derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones<sup>198</sup>. A este respecto se asume pacíficamente la idea de que la *culpa in contrahendo* lleva aparejado el interés negativo contractual, concepto sobre al que unas líneas más arriba se hizo referencia. La discrepancia surge, en cambio, por el alcance del resarcimiento del daño<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup>Mientras que la responsabilidad contractual encuentra en la resolución del propio contrato y la indemnización del interés positivo la forma de reparar el daño causado a una de las partes, mientras que la responsabilidad precontractual lleva aparejado, generalmente, la nulidad por vicio del consentimiento junto con la correspondiente indemnización por interés negativo. Cuestión interesante y poco tratada por la doctrina es la compatibilidad entre ambas, es decir, entre las consecuencias de la responsabilidad contractual y precontractual.

<sup>197</sup>“A este respecto se remonta Ihering y su teoría de la *culpa in contrahendo* la distinción, en materia de obligación de indemnizar, entre el interés positivo (llamado interés de cumplimiento o interés de ejecución) y el interés negativo (o interés de confianza, determinado por la falta de validez o por la frustración del contrato), estimando el autor germano que era este último la medida característica de la indemnización debida por haber incurrido en culpa in contrahendo. Preguntándose por el daño que ha de resarcir quien haya causado culpablemente la invalidez del negocio, Ihering entiende que el responsable de no debe corresponder con el equivalente de la prestación prometida, ya que de un contrato nulo no puede surgir el deber de cumplir, sino que estará obligado a poner a la otra parte en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiese estipulado el negocio; esto último sería el interés negativo o interés en la no conclusión del contrato (...). En contra de la identificación entre responsabilidad precontractual e interés negativo, afirmada por Ihering, se ha intentado demostrar tanto la relevancia de éste fuera de aquélla, concretamente en el caso de la resolución, como la no necesaria correspondencia entre ambos en la medida en que existirían casos de responsabilidad precontractual sancionados con el interés de cumplimiento del contrato”. Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 218 y 221.

<sup>198</sup>Cfr. ALONSO PÉREZ, M. “La responsabilidad precontractual” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 485, 1971, pp. 905-906; ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *La culpa in contrahendo*, op. cit. p. 288.

<sup>199</sup>Una de las líneas argumentativas sobre esta cuestión considera que los daños resarcibles por la frustración de unas negociaciones no tienen por qué incluir la pérdida de ofertas más ventajosas o favorables para sus intereses. Asimismo, se defiende que existen motivos sobradamente justificados para interrumpir la fase de negociación si se desea y que se excluye, consecuentemente, el lucro cesante como concepto indemnizable en casos de responsabilidad precontractual. En este sentido cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, op. cit. p. 204; MANZANARES SECADES, A. “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”

Por lo que se refiere a la responsabilidad precontractual derivada de la celebración de un contrato inválido por ausencia de buena fe puede afirmarse que la solución no dista mucha del caso anterior. La persona que sufre el daño tendrá, como es fácilmente entendible,

---

en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVII, fascículo III, 1984 pp. 716 y ss.; MORENO QUESADA, B. *La oferta de contrato*, Nerea, Barcelona, 1963, p. 57.

Otra visión es la que defienden GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, que consideran que “a pesar de la unánime consideración de que los daños resarcibles en caso de ruptura se corresponden únicamente con el interés negativo, no existe el mismo acuerdo a la hora de determinar el exacto alcance de este interés. Así cabe señalar que, además de autores y decisiones judiciales que aluden al interés negativo sin concretar su contenido, la literatura jurídica más reputada menciona únicamente el reembolso de todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos, como pago de asesores, desplazamientos, alquiler de almacenes o gastos bancarios; en todo caso, gastos efectivamente realizados que no incluirían la pérdida de otras oportunidades de contratar. Por nuestra parte, en cambio, mantenemos que el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias –la carga incumbe al lesionado– para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes. Mayores dudas nos plantea, si entre esas “pérdidas de oportunidad” que pueden ser consideradas como daños, habrán de computarse también la pérdida de la oportunidad de obtener las ganancias derivadas del negocio frustrado que, entendiéndose bien, no se identifican con el interés contractual positivo (...). La diversidad de soluciones que se producen en los derechos internos respecto al déficit de información precontractual de una de las partes, y su repercusión posterior en el abanico de remedios que se abren a disposición del afectado, se reproduce e incluso se acrecienta en los diversos textos europeos e internacionales que hemos traído ya numerosas veces a colación. La compleja regulación del error y del dolo de los PEC contempla, para el error, la anulación y la indemnización del interés negativo [4:103 y 4:117 (1)], mientras que el caso del dolo, además de la anulación (arts. 4:103 y 4:107) y la indemnización (4:117), se prevé la llamada ‘adaptación del contrato’ de conformidad con el 4:105; se recoge también la hipótesis en la que una de las partes haya concluido el contrato con informaciones incorrectas no constitutivas de error en el consentimiento, supuesto en el que sólo tendrá derecho a reclamar daños (4:106). Es destacable además que, a diferencia de lo que sucede con los Principios Unidroit, que han optado por dar preferencia a las consecuencias del incumplimiento, los PECL dan al interesado la posibilidad de optar entre los remedios previstos para el error y los derivados del incumplimiento. Ya tuvimos ocasión de exponer (...) la completa y bastante novedosa regulación del DCFR en relación con los deberes precontractuales de la información que exceden de la tradicional relación con los vicios del consentimiento. Cumple recordar básicamente que si, se ha llegado a celebrar el contrato, el profesional quedará obligado a lo que la otra parte haya razonablemente podido esperar como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información, poniéndose a disposición de la otra parte los remedios derivados del incumplimiento [II.-3:109 (2)]; sobremanera, se haya llegado o no a contratar, un profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable por los daños causados a la otra parte causados por el mentado incumplimiento [II.-3.109 (3)]; quedan además a salvo los remedios establecidos para el erro [II.-3.109 (4)]”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

derecho a una indemnización<sup>200</sup>. Sin embargo, los tribunales españoles han negado, en multitud de ocasiones, el reconocimiento de este tipo de indemnizaciones<sup>201</sup>.

Mayor grado de reflexión merece la indemnización por responsabilidad precontractual derivada de la celebración de un contrato válido que suponga una situación de desventaja para una de las partes por el incumplimiento de los deberes precontractuales. En este tipo de casos, es razonable defender que, como regla general, la parte que sufre el perjuicio tiene derecho a la correspondiente indemnización<sup>202</sup>. Alguna voz discrepante ha entendido, sin embargo, que este supuesto no debe incardinarse como un supuesto de responsabilidad precontractual<sup>203</sup>.

En el Derecho español las posibilidades son variadas<sup>204</sup> y no existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la materia. En algún pronunciamiento el Tribunal

---

<sup>200</sup>Cfr. “En principio, el interés tutelado por la pretensión indemnizatoria cuando el contrato es anulado es el interés en no haber contratado de no haber padecido la circunstancia invalidante, esto es, el interés negativo o interés de la confianza. En él se incluye tanto el daño emergente (gastos derivados de la contratación que a la postre resultó frustrada), como el lucro cesante, que alcanza la pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros. No obstante (...), también nuestro Tribunal Supremo en ocasiones acuerda el resarcimiento de la pérdida de las ganancias que el actor esperaba obtener y que se han visto frustradas por la nulidad del negocio. Todo ello siempre que el deber de información precontractual no se haya “contractualizado”, transformándose entonces en una verdadera obligación cuyo incumplimiento pondrá en marcha los remedios propios de éste, entre los que destaca el remedio resolutorio con indemnización del interés positivo o interés en el cumplimiento”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

<sup>201</sup>Cfr. SSTs de la Sala Primera de 2 de junio de 2000, 18 de enero de 2007 y 5 de mayo de 2009.

<sup>202</sup>En los sistemas continentales, la imposibilidad de desvinculación puede derivarse de que las circunstancias del caso no permitan considerar la existencia de un vicio en el consentimiento de la otra parte suficientemente relevante como para dar lugar a la anulación contractual o porque a pesar de existir tal vicio, la anulación no es posible, como sucede cuando el vicio es descubierto una vez cumplido el contrato y extinguida la relación contractual o, en algunos ordenamientos, cuando con esa desvinculación se causarían perjuicios a un tercero de buena fe. En tales supuestos tradicionalmente se admite que, como regla general, la parte perjudicada por el contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de la responsabilidad precontractual de la otra tendrá derecho a una indemnización. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

<sup>203</sup>Cfr. VALÉS DUQUE, P. op.cit., p. 724.

<sup>204</sup>“Un ejemplo paradigmático de esta situación lo podemos encontrar en el párrafo segundo del art. 1.270 CC español cuando afirma que el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios, si bien la doctrina mas conspicua no deja de mostrar su perplejidad sobre el concepto y alcance del llamado dolo incidental y la concreción del daño producido en este caso. La indemnización se correspondería en estos casos con el interés de la confianza o interés negativo (...), aunque ha de reconocerse que no existe, ni mucho menos, unanimidad al respecto”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.

Supremo ha llegado a la conclusión de que el resarcimiento por los daños causados debe incluir también otros conceptos, más allá del interés negativo.

Sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio 2000, en la que la indemnización superaba el denominado interés negativo al incluir también el valor de las obras que se precisaban para la obtención de la licencia de apertura, lo cual no constaba a la parte compradora.

También puede darse la circunstancia de que la parte perjudicada por la omisión de una obligación precontractual tenga la intención de que el contrato siga en vigor. En ese caso no debe considerarse despreciable, como algún autor defiende<sup>205</sup>, que la solución indemnizatoria pase también por reconocer el resarcimiento de aquellos daños que excedan el interés negativo<sup>206</sup>. Así, lo más razonable se traduciría en permitir al sujeto víctima del daño optar libremente por la vía de protección de sus intereses<sup>207</sup>.

Resulta difícil, dada los escasos estudios sobre la materia, establecer la relación con la nulidad parcial<sup>208</sup>. Por tanto, al margen de todos los razonamientos *ex novo* que en este punto puedan realizarse, cabe establecer cierto paralelismo con todo lo expuesto respecto del responsabilidad precontractual y el régimen general de nulidad. Si bien, debe tenerse muy presentes algunos matices dignos de mención.

---

<sup>205</sup>Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, op.cit., p. 214.

<sup>206</sup>Cfr. SSTs de 27 de noviembre de 1990, 8 de noviembre de 1997 y 18 de enero de 2017.

<sup>207</sup>Sobre este punto no cabe otra opción que adherirse a la teoría de BASOZABAL ARRUE que “estima que lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuse el propio protegido en su falta de información (precontractual) quien decida cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato o desligarse de él. En el primer caso se requeriría una reconstrucción judicial del contrato que tenga en cuenta la información ignorada, lo que supone un modelo hipotético de contrato equitativo, que hubiera debido ser el celebrado porno concurrir el déficit de información precontractual; en el segundo se podría perseguir tanto el interés en no haber contratado como el interés positivo; allí se ejercitaría la acción de nulidad o la rescisoria aquí la resolutoria”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, op. cit.; cfr. también BASOZABAL ARRUE, X. “En torno a las obligaciones precontractuales de información” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, fascículo II, p. 709.

<sup>208</sup>Cfr. THIBIERGE, C. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 441 y ss.

La nulidad parcial podrá derivar en supuestos de responsabilidad, igual que en aquellos casos en los que se produce la nulidad total de un contrato y se indemniza a la parte perjudicada por los daños y perjuicios derivados de la invalidez. En definitiva, tal y como se ha expuesto en otros segmentos de esta investigación, la nulidad por ser parcial no se desnaturaliza ni pierde, por tanto, su condición de tal<sup>209</sup>.

La conexión entre nulidad parcial contractual y responsabilidad es más que evidente, a pesar de la existencia de alguna voz discrepante sobre la cuestión<sup>210</sup>. Al igual que sucede con los supuestos de nulidad total, la nulidad parcial puede conllevar la existencia de responsabilidad. No es en absoluto descabellado defender este binomio, puesto que la nulidad, salvo excepciones, vendrá motivada por la ausencia de buena fe por una de las partes de la relación contractual.

La nulidad, ya sea parcial o total, suele ser consecuencia de una conducta inobservante de las reglas del juego contractual. Ello implica que, en la mayoría de las ocasiones, se produzca un daño para la contraparte, derivado fundamentalmente de la propia nulidad del contrato. No es extraño pues que, judicialmente, se declare la nulidad y se reconozca, a su vez, una indemnización en favor de la parte que ha podido ver conculcados sus derechos y legítimos intereses.

La cuestión más controvertida estriba, sin embargo, en determinar qué tipo de responsabilidad puede generar un contrato parcialmente nulo. Hay que discriminar si se trata de una responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual. En las próximas líneas se procederá a dirimir la naturaleza de la responsabilidad que puede generar un caso de nulidad parcial.

Puede descartarse, en primer lugar, que un contrato parcialmente nulo derive en una responsabilidad contractual. Este razonamiento puede parecer un tanto contradictorio; sin embargo, hay argumentos a favor de esta afirmación. La presencia en un contrato de una

---

<sup>209</sup>Como tan acertadamente recuerda THIBIERGE, “puesto que la definición dada de la nulidad incluye la de la nulidad parcial, todo lo que ha sido evocado [expuesto] para la nulidad en general se aplica a la nulidad parcial”. Cfr. THIBIERGE, C. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, op. cit., pp. 468.

<sup>210</sup>Cfr. THIBIERGE, C. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, op. cit., pp. 441-466.

cláusula que adolece de nulidad implica que lo recogido en ella jamás ha desprendido efectos jurídicos. Es, por así, decirlo como si no hubiese existido.

El resto de las estipulaciones contractuales permanece vigente. El contrato sigue, permítase la expresión, vivo. Consecuentemente, la potencial responsabilidad se genera por una cláusula ajena, por razones de nulidad, al contrato. En el supuesto de que exista algún tipo de responsabilidad, ésta ya no puede quedar constreñida al ámbito contractual pues la fuerza vinculante, la validez y vigencia de la disposición decae desde el mismo momento de su nulidad.

Defender que, en este caso, la responsabilidad tiene una naturaleza contractual supondría adular el tradicional concepto de nulidad y sus comúnmente aceptadas consecuencias jurídicas. No se puede hacer recaer, salvo mejor opinión fundada en Derecho, una responsabilidad contractual sobre una circunstancia –la nulidad de una cláusula– que, connaturalmente, se encuentran fuera del propio contrato.

No obstante, este razonamiento tampoco puede servir como subterfugio para mantener que la responsabilidad que puede provocar una nulidad parcial es extracontractual. Bien es cierto que la responsabilidad de un contrato parcialmente nulo no puede circunscribirse al propio contrato. Cabe, no obstante, recordar que el origen de la responsabilidad extracontractual no está en el incumplimiento de alguno de las obligaciones y los deberes del contrato, sino en la ausencia de diligencia propia y exigible a cualquier persona.

Por consiguiente, no se puede considerar que la nulidad parcial de un contrato pueda tener como consecuencia jurídica la existencia una responsabilidad extracontractual de una de las partes contratantes. Sería caer, de alguna forma, en una *contradictio in terminis*: una responsabilidad “extracontractual” originada por una nulidad parcial “contractual”. No parecer ser el razonamiento más fiable.

Queda, por eliminación, considerar que la nulidad parcial de un contrato pueda constituir un caso de responsabilidad precontractual. A pesar de que algunos autores consideran que

la doctrina mayoritaria<sup>211</sup> y la jurisprudencia<sup>212</sup>, en el ámbito de la *culpa in contrahendo*, la ruptura de tratos debe someterse al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual, parece razonable entender que todos los supuestos de nulidad parcial contractual pueden ser constitutivos de responsabilidad precontractual.

Para que exista una responsabilidad precontractual motivada por un contrato parcialmente nulo deben concurrir una serie de requisitos. En primer lugar, tiene que existir, por muy obvio que pueda aparecer, un contrato. Esta nota característica descarta, prácticamente y de antemano, las posibles dudas sobre la naturaleza de la potencial responsabilidad.

Cabría pensar que la existencia de un contrato implica que la naturaleza de la responsabilidad debe ser la contractual. Sin ánimo de caer en un galimatías, la idea podría resumirse en que la nulidad parcial contractual no puede, precisamente por producirse en el seno de un contrato, provocar ni un supuesto de responsabilidad extracontractual ni un supuesto de responsabilidad contractual.

El segundo de los requisitos es el de la ausencia de buena fe. Para que de un contrato parcialmente nulo se pueda exigir responsabilidad precontractual tiene que existir mala fe por parte de alguno de los sujetos contratantes. Junto con la mala fe, como tercer presupuesto la nulidad parcial debe encontrar su origen en la fase preparatoria del contrato. Circunstancia, por otra parte, habitual y factible.

No es en absoluto infrecuente comprobar como la mayoría de los supuestos de nulidad parcial se produce por el incumplimiento de los deberes de uno de los sujetos intervinientes. Consecuentemente, la inobservancia de un amplio elenco de reglas en la fase precontractual se traduce, a la postre, en la nulidad de una o varias cláusulas del contrato, toda vez que éste ha sido formalizado.

La nulidad de una cláusula puede tener su origen, por ejemplo, en la falta del deber de información en la fase precontractual o por la contravención de una norma imperativa.

---

<sup>211</sup>Con la excepción más destacable de MEDINA ALCOZ. Cfr. MEDINA ALCOZ, M. “La ruptura injustificada de los tratos preliminares”, op. cit., p. 104.

<sup>212</sup>Cfr. SSTS de 14 de junio de 1999 y 16 de diciembre de 1999.

Evidentemente, aunque la conducta antijurídica se produce antes y de forma ajena al contrato en sí, las consecuencias se producen inexorablemente en el seno de la regulación contractual. Resulta muy complejo desligar cualquier acción u omisión preparatoria pues, en definitiva, tiene su traslación en el contenido del contrato.

No se trata, en estas líneas, de confeccionar una lista cerrada de supuestos. Tan sólo se busca exponer algunos ejemplos que pongan de manifiesto la habitualidad de este fenómeno. No se puede tampoco establecer una regla general a este respecto: no toda nulidad de una cláusula contractual tiene su origen en la fase preparatoria, aunque bien es cierto que sí sucede en una enorme mayoría de ocasiones.

Por tanto, la confluencia de los factores anteriormente mencionados implica que un contrato parcialmente nulo genera un supuesto de responsabilidad precontractual. No obstante, antes de incurrir en conclusiones técnicamente erróneas, conviene analizar caso a caso para comprobar si, a pesar del cumplimiento de los requisitos, la nulidad parcial en cuestión es causante de una responsabilidad precontractual.

### **3.3. La nulidad parcial y la integración del contrato**

#### *3.3.1. Encaje en el artículo 1.258 del Código Civil*

El artículo 1.258 del Código Civil recoge que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Por todos es sabido que este precepto regula lo que se conoce la integración del contrato<sup>213</sup>.

Como idea inicial cabe destacar que la integración del contrato responde, como operación lógico-jurídica, a la necesidad de definir con exactitud su contenido y a complementarlo,

---

<sup>213</sup>Como el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de señalar en alguna ocasión, el artículo 1.258 del Código Civil es un "precepto genérico ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y para cada supuesto contiene el mencionado cuerpo legal" y "(...) es de general observancia de general observancia". Cfr. SSTS de 12 de junio de 1970 y 28 de octubre de 1978, respectivamente.

conforme a las obligaciones previstas por el ordenamiento jurídico<sup>214</sup>. A pesar del a existencia del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, los contratantes deben tener en cuenta que aparte de los pactos que libremente han incluido están vinculados, con la misma intensidad, por las normas aplicables.

La relación que se establece entre los artículos 1.255 y 1.258 del Código Civil es de complementariedad. Consecuentemente, en un contrato pueden encontrarse elementos que se incorporan por voluntad de las partes y otros que, en virtud de una previsión legal, resultan necesarios, son exigibles y tienen fuerza vinculante con independencia de la intención de los contratantes. El contenido del contrato puede incluir, por tanto, cláusulas de diverso origen.

En cierto sentido, el artículo 1.258 del Código Civil puede suponer una especie de límite al principio de autonomía de la voluntad puesto que supone, en definitiva, la adición de una serie de obligaciones y derechos ajenos a la intención de los contratantes<sup>215</sup>. De algún modo, limita su voluntad en tanto en cuanto se generan una serie de consecuencias jurídicas ajenas a ésta. Buena parte del fundamento de esta regla radica en reforzar la seguridad jurídica y delimitar la autonomía contractual. Todo ello con el fin de evitar que se desconozcan las consecuencias previstas por las reglas de los contratos.

A efectos prácticos, la aplicación del artículo 1.258 y de cualesquiera otras normas sectoriales lleva consigo que se produzca la sustitución de cláusulas pactadas por los contratantes por otras cuyo contenido está previsto por el ordenamiento jurídico. También puede darse de la circunstancia de llegar a declarar la nulidad de algunas cláusulas del contrato.

---

<sup>214</sup>Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil*, tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1995. p. 119.

<sup>215</sup>Cfr. LUNA SERRANO, A. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, Marcial Pons, 1988, p. 160. En la misma línea, cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación del contenido del contrato. Presupuestos y límites a la libertad contractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133.

Conforme lo dispuesto en este artículo son tres las fuentes de integración del contrato: la buena fe, los usos y la ley<sup>216</sup>. Cabe plantearse si la enumeración que en este precepto de recoger mantiene entre sí una relación de jerarquía. Se trata de una cuestión escasamente pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Algunos autores entienden que debe seguirse la prelación establecido en el artículo 1.258 del Código Civil<sup>217</sup>, siendo quizás la más razonable y por consiguiente, la mayoritaria. Otro sector de la doctrina, en cambio, opina todo lo contrario y considera que el elenco de fuentes de integración del contrato debe aplicarse inversamente a tal y como se enumera en el propio artículo<sup>218</sup>.

Frente a las dos tendencias mayoritarias surge una alternativa, como sucede siempre que se producen estos debates de corte dogmático, que aboga por ir caso a caso con el fin de determinar cuál es el orden que debe establecerse entre la buena fe, los usos y la ley<sup>219</sup>. No parece, en todo caso, la solución más satisfactoria pues la casuística suele ser de lo más variada y, por ende, inabarcable.

No se trata de una cuestión menor puesto que la anteposición de una fuente frente a otra cambia, de forma bastante notoria y notable, el contexto jurídico de un contrato. Carece de mucho sentido entender que los usos releguen a la ley, por lo menos a aquella que tenga un carácter imperativo. Reflexión aparte merece todo lo relativo a la determinación

---

<sup>216</sup>A este respecto el Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 1.258 del Código Civil recoge “tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual, distintos de los derivados de la autonomía privada, y que van dirigidos a establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligados los contratantes y de la forma y modalidades de su cumplimiento así como a establecer determinados deberes accesorios del deber principal; tales criterios (la buena fe, los usos y la ley) son conceptualmente distintos entre sí, aunque tengan la misma función integradora del contrato, e independientes en su aplicación”. Cfr. STS de 30 de abril de 1994.

<sup>217</sup>Cfr. Díez-PICAZO, L. *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 438; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 286; ROCA GUILLAMÓN, J. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Arts. 1254 a 1260*, tomo XVII. vol. I, Edersa, Madrid, 1993, p. 461.

<sup>218</sup>Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil*, tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1995, p. 121.

<sup>219</sup>Cfr. FERREIRA RUBIO, D.M. *La buena fe. El principio general en el Código Civil*, Montecorvo. Madrid, año 1984, pp. 257 y ss.

de la precedencia de las normas dispositivas frente a los usos; es decir, si el artículo 1.258 del Código engloba normas tanto imperativas como dispositivas.

Parece bastante coherente considerar que este artículo hace referencia a las normas imperativas y que, en algunas ocasiones, los usos tienen preferencia respecto de la ley dispositiva. De hecho, el artículo 6.3 del Código Civil habla de nulidad de pleno derecho por ser contraria una norma imperativa prohibitiva. Como es evidente, dada su naturaleza, las normas imperativas deben tener prevalencia en todo caso respecto de los usos. En cambio, no puede predicarse lo mismo, o por lo menos con tanta taxatividad, de las reglas dispositivas. Las imperativas son, siguiendo la jerarquía del artículo 1.258 del Código Civil, superiores a los usos e incluso a la voluntad de los propios contratantes.

Las normas dispositivas presentan, en general y a diferencia de las reglas imperativas, un contenido más general y menos preciso. Ello supone que su aplicación quede muy difuminada y que, a la postre, la indefinición de lo dispuesto por las partes conforme a una regla dispositiva requiera su sustitución por un uso habitual del tráfico jurídico habitual<sup>220</sup>.

### *3.3.2. La integración de las cláusulas abusivas*

El artículo 1.258 del Código Civil establece, como ya se ha analizado, el marco general de la integración contractual. A nadie se le escapa, sin embargo, que existen muchas normas sectoriales que también contemplan previsiones acerca de la integración del contrato. Así sucede, por ejemplo, con las leyes de Derecho del Consumo español que, como se verá en apartados posteriores de esta tesis doctoral, presenta un elevado de nivel de conexión con la nulidad parcial e integración del contrato.

En los últimos tiempos se ha podido asistir importantes cambios en la jurisprudencia y la normativa aplicable a estos efectos. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de junio de 2012 supuso un importante punto de

---

<sup>220</sup>Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Reus, Madrid, 1907, p. 620.

inflexión<sup>221</sup>. Una de las importantes consecuencias del pronunciamiento comunitario es, aparte del fallo y los argumentos esgrimidos en la propia sentencia, el necesario cambio que el legislador tuvo que introducir en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

La ley 3/2014, en aplicación de lo dictaminado por los magistrados del Tribunal de Justicia europeo, modificó su artículo 83 en lo referente a la integración del contrato. La reforma supuso un importante cambio de paradigma: quedó suprimida la facultad del juez para integrar las cláusulas nulas por abusividad. A diferencia de lo que sucedía antes de cambio legislativo, el juez debe limitarse, única y exclusivamente, a dejarla sin aplicación. Como se verá a continuación, la abusividad de las cláusulas, la nulidad parcial y la integración del contrato son tres elementos interrelacionados de la práctica jurídica más habitual.

La nueva redacción del artículo 83 del Texto Refundido suprime también la referencia a la integración del contrato conforme al anteriormente estudiado artículo 1.258 del Código Civil. Asimismo, siendo esto quizás lo más trascendental, se limita ampliamente el papel del juez. De tal manera que, en la actualidad, no cuenta con las facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes en caso de que el contrato subsista, ni con la capacidad de declarar la ineficacia total del contrato en determinadas circunstancias.

A juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la facultad de integración reconocida al juez hasta entonces podía comprometer lo recogido en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. El tribunal comunitario entiende en esta sentencia que la facultad integradora hace que los profesionales puedan incorporar, a sabiendas, cláusulas abusivas. El razonamiento gira en torno a la idea de que, a pesar de la declaración de nulidad, al empresario puede interesarle la incorporación de las cláusulas abusivas en cuestión. Así, con la integración del contrato por el juez nacional podría ver satisfechos, de algún modo, sus intereses.

---

<sup>221</sup>Cfr. LETE ACHIRICA, J. “Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012” en *Diario La Ley*, nº 7976, 2012.

A este respecto, siguiendo la exposición de motivos de la ley por la que se modifica el Texto Refundido, sólo el adherente puede instar la nulidad de las cláusulas del contrato. El predisponente, por tanto, no sólo tiene vedada la posibilidad de instar la nulidad, sino que además la integración del contrato sólo podrá producirse de tal forma que suponga un beneficio para el consumidor. El matiz es importante: no se elimina la facultad de integración en su totalidad, se suprime la integración de la cláusula nula por abusiva en favor del predisponente. Consecuentemente, el juez nacional puede seguir integrando las cláusulas nulas por abusivas, siempre y cuando se produzca un beneficio para consumidores y adherentes.

Pueden existir algunas dudas sobre esta cuestión y considerar que la facultad integradora del juez queda imposibilitada en todo caso<sup>222</sup>. Sin embargo, hay que tener presente que toda interpretación en contrario contradiría el espíritu que siempre acompaña a toda legislación de Derecho del Consumo: la protección de la figura del consumidor como parte débil del contrato. Es algo que se refuerza con meridiana claridad en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y, por supuesto, la reforma legal analizada en estas líneas.

No puede olvidarse, en este punto, lo dispuesto por el artículo 65 del Texto Refundido. Este precepto señala que “los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”. De la conjunción entre la nueva redacción del artículo 83 y del artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) se puede llegar a la conclusión de la que integración contractual en materia de consumidores solo puede darse *pro* adherente. Cabe tener muy presente que estas novedades se circunscriben al ámbito de consumidores, conforme al ámbito de aplicación del propio Texto Refundido (art. 2)<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup>Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, B. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Artículo 9. Régimen aplicable” en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, p. 484.

<sup>223</sup>Junto con el nuevo marco jurídico establecido coexisten otras reglas sectoriales sobre la facultad integrado del juez nacional en los artículos 9.2 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), 9.2 Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales (LMLMOC), 7.2 de la Ley de Contratos de Créditos al Consumo (LCCC), 14.3 y 20.3 de la Ley de Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación (LCCPCHySI).

La limitación de la integración contractual en favor del adherente refuerza, en primer lugar, la defensa jurídica del consumidor. Se implanta, por así decirlo, un nuevo límite en su esfera de especial protección en toda la legislación aplicable. La diferencia que se establece entre el régimen de integración contractual para el adherente y el predisponente implica un nuevo marco jurídico en el Derecho del Consumo. El cambio habido en el artículo 83 del Texto Refundido es la máxima expresión de una discriminación en favor de la figura del consumidor y que despeja, si es que en algún momento las hubo, todas las dudas acerca de la integración contractual.

Cabe plantearse si, con anterioridad a la reforma, el artículo 65 del Texto Refundido ya establecía una dualidad de regímenes en la integración contractual. Bien es cierto que esta interpretación no es, ni mucho menos, ajena a toda lógica, puesto que en este precepto se alude claramente a la integración “en beneficio del consumidor”. Sin embargo, no debe desdeñarse que, dentro de la normativa de Derecho del Consumo, el artículo 65 presentaba y presenta una aplicación más general. Por su parte, el artículo 83 es una previsión más específica para aquellos casos en los que la nulidad de las cláusulas viene determinada por su abusividad.

Todo ello podría llevar a la idea de que, a efectos prácticos, el artículo 65 está pensado para una integración contractual *pro consumatore* en caso de que se produzca alguna laguna en un contrato con consumidores, mientras que el artículo 83 establecía, antes de la reforma, una integración contractual sin distinciones si ésta favorece a uno u otro. En todo caso, el legislador ha considerado clarificar esta cuestión y disipar toda duda posible sobre la integración contractual en materia de consumidores.

Con la reforma el régimen queda bastante claro: la integración contractual debe hacerse en favor del consumidor. A nadie se le escapa que la nulidad parcial contractual es un tema especialmente conexo con el Derecho del Consumo, como se podrá comprobar en apartados posteriores de la tesis doctoral. No es infrecuente encontrarse en la práctica con supuestos de nulidad parcial en contratos con consumidores. Ahora bien, habrá que determinar qué sucede conforme a las novedades legislativas expuestas.

Es perfectamente factible que se produzca una nulidad parcial contractual en materia de consumidores. De hecho, podría afirmarse que es la tónica general derivada,

especialmente en los últimos tiempos, de malas *praxis* en el sector bancario e hipotecario. Antes de la reforma, la existencia de una cláusula nula en un contrato con consumidores podía tener dos vías de solución. Por un lado, si la cláusula era nula por abusividad, según los requisitos del artículo 82, resultaba de aplicación lo dispuesto en su correlativo. Ello implicaba la facultad de integración contractual del juez nacional, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil, con el consiguiente riesgo para el consumidor. De otro, si alguna cláusula presentaba visos de nulidad por supuestos de omisión de información precontractual relevante resultaba de aplicación, fundamentalmente, lo dispuesto en el artículo 65. La práctica de los tribunales, sin embargo, parecía conjugar la aplicación de este precepto con el artículo 1.258, como sucedía, por ejemplo, con la reducción de los intereses moratorios en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Toda esta construcción ha sido modificada, de un plumazo, con la ley 3/2014. El legislador, siguiendo los postulados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de junio de 2012, ha decidido despejar todo atisbo de duda, si es que la hubiere. Así, con el nuevo régimen establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) la integración de una cláusula declarada nula por abusiva en favor del predisponente queda, rotundamente, imposibilitada.

## CAPÍTULO IV

### Estudio jurisprudencial sobre la nulidad parcial del contrato

#### 4.1. La postura del Tribunal Supremo español

##### 4.1.1. *El criterio de admisibilidad. Concepto y fundamento*

El Tribunal Supremo español ha podido conocer diferentes casos en los que la cuestión de fondo giraba en torno a la nulidad parcial. Circunstancia motivada, en gran medida, por el elevado grado de supuestos prácticos en los que este fenómeno ha tenido, directa o indirectamente, cierto impacto. Si bien y pese a su gran incidencia en la práctica jurídica, resulta altamente complicado establecer una sistematización, rigurosa y exhaustiva, de todos los pronunciamientos del órgano jurisdiccional de civil de mayor rango en nuestro sistema judicial<sup>224</sup>.

Consecuentemente, la pretensión de este bloque expositivo no es más que la de realizar un panorámico análisis de los razonamientos insertos en los pronunciamientos más significativos, interesantes o novedosos de la Sala Primera del Tribunal Supremo español en relación con la nulidad parcial contractual. Una de las premisas que debe establecerse como tal a la hora de abordar el estudio jurisprudencial de cualquier fenómeno es el de conocer el criterio del citado tribunal sobre la admisibilidad o no de la propia categoría en el ordenamiento jurídico originario.

En el caso que nos ocupa, cabe plantearse si el Tribunal Supremo español considera que la nulidad parcial constituye un supuesto admisible y predicable, de forma general, de una relación contractual. A este respecto, ha afirmado que “hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio” (SSTS de 30 de marzo de 1950, 24 de noviembre de 1983 y 11 de marzo de 1985).

---

<sup>224</sup>Como indica GÓMEZ DE LA ESCALERA, “muchas han sido las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha conocido supuestos en los que se planteaba, de una u otra forma, el problema de la nulidad parcial. No es fácil, sin embargo, obtener una sistematización de todos los casos resueltos”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 106.

Sobre esta idea cabe hacer alguna consideración. Como puede observarse de esta reiterada doctrina jurisprudencial, la admisión de la existencia de la nulidad parcial del contrato en nuestro ordenamiento jurídica es clara, manifiesta e inequívoca. Si bien, pese a ello, es importante señalar que se trata de una admisión general de la nulidad parcial del contrato.

Ello supone, en último término, que el Tribunal Supremo admite la existencia de la nulidad parcial en nuestro ordenamiento jurídico en términos generales. El planteamiento es, por tanto, como una mera posibilidad, no como una regla que deba imperar sin ningún tipo de matiz o excepción como podrá observarse en otras sentencias que, siguiendo esta misma línea, introducen alguna circunstancia más restrictiva.

Este razonamiento jurisprudencial nos permite no solo llegar a la conclusión de que la nulidad parcial está admitida en nuestro Derecho, sino que aporta algún importante elemento a efectos de conocer la construcción conceptual jurisprudencial de esta categoría.

Hay que poner especial énfasis en la “posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio”. Aparte de suponer la consagración de su admisión general en nuestro ordenamiento pone de manifiesto algunas de las notas definitorias del concepto de nulidad parcial.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera la nulidad parcial como un fenómeno, posible y compatible, en el que se produce una concurrencia en un negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad se extienda al resto del contenido del negocio jurídico en cuestión. Esta idea ha sido repetida, de forma constante, en diferentes puntos de la presente investigación. El razonamiento del Tribunal Supremo viene, simplemente, a reforzar algo ya consabido<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup>En relación con esta cuestión cabe indicar que en alguna resolución más reciente el Tribunal Supremo se reafirma en la idea de la admisibilidad de la nulidad parcial en nuestro ordenamiento, como así sucede con la sentencia de 3 de octubre de 2007 que expresa que “afirman, con carácter general, la admisibilidad de la nulidad parcial, entre otras, la STS de 30 de marzo de 1950. Pueden citarse, igualmente, las SSTS de 10 de octubre de 1977, de 24 de noviembre de 1983 y 11 de marzo de 1985”. Puede observarse que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo permanece vigente y perfectamente asentada a pesar del transcurso de los años.

Más interesante resulta algún otro pronunciamiento en el que el Tribunal Supremo introduce ciertas cuestiones de gran interés para el estudio de la nulidad parcial. El Tribunal Supremo considera que “el contrato con objeto múltiple y divisible puede ser válido o nulo total o parcialmente en atención a la causa distinta que informe la diversidad de los elementos objetivos del contrato” (STS de 3 de junio de 1953). Bien es cierto que en esta sentencia se hace referencia al objeto del contrato y no al contenido *strictu sensu*; sin embargo, resulta prácticamente innegable la confluencia e identidad conceptual entre el objeto y el contenido contractual<sup>226</sup>.

Siguiendo esta línea argumental y poniéndola en relación con las teorizaciones desarrolladas, la nulidad parcial podrá predicarse, según el Tribunal Supremo español, de aquel contrato cuyo contenido (objeto) sea múltiple y divisible. En este sentido, parece bastante razonable entender que el calificativo de múltiple debe asemejarse al de compuesto y mantiene, a la postre, una relación antagónica con la nota de simple.

Por consiguiente, esta reflexión redundante en la idea de que la nulidad parcial no puede predicarse en un contrato de contenido simple e indivisible, sino que el fenómeno como tal puede tener su impacto en aquellos contratos cuyo contenido tenga la naturaleza de complejo –múltiple, término que refiere el propio Tribunal Supremo– y divisible. Con todo ello puede alcanzarse la conclusión de que la posición, consolidada e inalterable al paso del tiempo, del Tribunal Supremo es la de admitir, en términos generales, la nulidad parcial como una categoría posible en el ámbito negocial de nuestro ordenamiento jurídico.

Otros pronunciamientos jurisprudenciales han mostrado una visión más restrictiva a la hora de contemplar la admisión de la nulidad parcial del contrato y su alcance. Así, en algún caso se ha declarado no procede declarar la nulidad parcial “más que en los casos autorizados expresamente por la ley o en los que el defecto generante de la nulidad recaiga sobre un elemento accesorio o que no alcance a la médula de la causa contractual” (STS de 12 de noviembre de 1987).

---

<sup>226</sup>Cfr. DE ELIZALDE IBARBIA, F. “La determinación del contenido contractual: nuevas perspectivas” en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014, pp. 829-844.

Esta idea viene a reforzar el planteamiento doctrinal sobre la procedencia de la nulidad parcial del contrato, si bien desde una óptica menos laxa. A juicio del Tribunal Supremo solo podrá defenderse la existencia de un caso de nulidad parcial en una relación contractual en aquellos supuestos contemplados legalmente o en los que la nulidad no recaiga sobre un elemento principal o tenga impacto en la propia causa del contrato<sup>227</sup>.

El criterio del Tribunal Supremo lleva a una solución bidireccional. Por un lado, constriñe con bastante severidad las posibilidades de predicar un supuesto de nulidad parcial en un contrato. Si se toma como referencia la teorización hecha por el Tribunal Supremo en las sentencias mencionadas, la nulidad parcial de un contrato solo podrá existir, en primer lugar, si alguna norma legal lo contempla.

Esta conclusión lleva consigo varios aspectos problemáticos y susceptibles de necesaria concreción. Se plantea, como sucede en muchísimos segmentos del ordenamiento jurídico español, el concepto de ley. Sin la menor intención de volver ahondar en este espinoso asunto, propio tal vez de estudios más cercanos al Derecho público o a la Filosofía jurídica, cabe plantearse este interrogante cuyo impacto no es, ni mucho menos, residual. Así, habría que determinar si, cuando el Tribunal Supremo habla de “casos autorizados expresamente por la ley”, está pensando también, por ejemplo, en normas con rango reglamentario o, de forma exclusiva, en aquellas de rango legal.

Quizás, lo más aceptable sea considerar que el Tribunal Supremo entiende, en este caso, el concepto de ley en sentido amplio. Ello implica asumir que puede existir nulidad parcial en un contrato si una norma, del rango y naturaleza que sea, así lo determina. Debe tenerse muy en cuenta que la participación de nuestro país en el proceso de integración europeo ha supuesto también sustanciales cambios en términos legislativos.

Asistimos a la existencia de varios niveles normativos incluido, como es natural, el europeo, cuyo impacto en clave interna es cada vez mayor, especialmente en la órbita normativa iusprivatista. En consecuencia y dado esta trascendental circunstancia, debe hacerse una flexible y extensiva interpretación sobre la afirmación del Tribunal Supremo.

---

<sup>227</sup>Resulta muy interesante también el matiz que refuerza esta tesis del Tribunal Supremo cuando afirma que “la aplicación de la nulidad, en casos no previstos legalmente, depende de la importancia que la causa de la nulidad tenga en el conjunto del negocio”. Cfr. STS 20 de abril de 1988.

Cabe entender que la posibilidad de nulidad parcial de un contrato viene motivada por una “ley” entendida como norma –reglamentaria o legal, nacional o europea– que así lo prevea.

La exigencia de que la previsión normativa sea expresa reviste también cierta complejidad. Resulta casi axiomático que el carácter expreso veda la posibilidad de que la nulidad parcial se determine, siguiendo el criterio del Supremo, de forma tácita. Si bien cabe reseñar que ello no se corresponde con la realidad normativa respecto del fenómeno de la nulidad parcial.

No es difícil llegar a la conclusión de que la solución que se da –con una clara inspiración en la teoría normativa– resulta del todo insuficiente por los mismos motivos que la propia doctrina. Indudablemente, alcanza cotas de cierto de idealismo: una norma que expresamente determinara la viabilidad de la nulidad parcial y sus consecuencias.

Esa hipótesis carece de recorrido en tanto en cuanto no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma general que prevea esta circunstancia. Con bastante acierto se podría considerar que, pese a ello, el Tribunal Supremo no se refiere a una regla como la contemplada en el artículo 1.419 del *Codice Civile* italiano, sino que está pensando en los preceptos propios de cada contrato.

En todo caso, esta consideración tampoco resulta del todo satisfactoria. Tal y como se pudo constatar en el análisis de las diferentes reglas sobre la nulidad parcial –parte a la cual conviene remitirse–, el legislador español contempla algunos supuestos en los que la sanción de nulidad parcial –aun sin hacer referencia a esta categoría como tal– es innegable.

Sin embargo, existen otros casos de normas específicas de cada contrato en particular en el que el legislador parece querer defender la compatibilidad de la concurrencia entre pactos válidos y pactos nulos. Consecuentemente, no queda lo suficientemente claro si este elenco de artículos podría quedar insertos en el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Cabe, en este punto, huir de interpretaciones excesivamente rigoristas sobre las afirmaciones del Tribunal Supremo. De lo contrario, sirva como ejemplo lo que sucede en este caso, la virtualidad práctica de todas sus argumentaciones sería inexistente o, por lo menos, sumamente limitada.

Si se opta por interpretar muy taxativamente la opinión del tribunal en ningún caso se produciría un supuesto de nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español puesto que no existe, en realidad, precepto alguno, ni general ni específico, que lo regule como tal.

A este respecto parece inteligente reconocer que todas aquellas previsiones legales en los que el legislador introduce locuciones como “se tendrán por no puestas”, “no surtirán efecto” o similares pueden encuadrarse perfectamente en ese requisito sobre la nulidad parcial viable, según el criterio del Tribunal Supremo, “(...) en los casos autorizados expresamente por la ley”.

De otro lado, en esa solución bidireccional que el Tribunal Supremo aporta cabe hacer un sosegado análisis sobre aquellos casos “(...) en los que el defecto generante de la nulidad [parcial] recaiga sobre un elemento accesorio o que no alcance a la médula de la causa contractual”. La construcción sintáctica así materializada por el Tribunal en este párrafo suscite, quizás, cierta confusión, ya que parece que respecto a la categoría de la nulidad parcial caben, dos posibilidades excluyentes entre sí.

De la redacción parece entenderse –sobretudo por la doble presencia de la conjunción “o” como nexos– que la nulidad parcial contractual puede producirse en los casos previstos legalmente. Alternativamente, también puede predicarse de aquellos casos en los que la nulidad no afecte a ningún elemento principal, esencial o desvirtúe de alguna forma la causa de la propia relación contractual.

Reducir la posibilidad de que la nulidad parcial se produzca exclusivamente en los supuestos apuntados puede resultar, en último término, un tanto arriesgado, máxime cuando la casuística supera en muchísimas ocasiones todo tipo de previsiones tanto legales como jurisprudenciales.

Bien es cierto que las dos opciones que plantea el Tribunal Supremo condensan, genéricamente, las principales posibilidades en las que puede darse el fenómeno de la nulidad parcial. Pese a ello, cabe apuntar que también pueden existir otras circunstancias en las que la nulidad parcial puede tener cabida.

En todo caso, la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad parcial ha padecido un constante proceso de transformación a través de diferentes matices y concreciones evitando, no obstante, que el criterio inicial sobre esta categoría sufriera severos cambios como a continuación se procede a detallar. Por tanto, la visión crítica debe realizarse en su conjunto y una vez estudiadas las principales resoluciones.

Entre esas interesantes consideraciones, cabe destacar aquella en la que el Tribunal Supremo deja entrever cuál es su postura respecto al hecho de que no exista una previsión legal que determine si la nulidad existente es total o parcial. Es algo que sucede, como ya se ha ejemplificado suficientemente, en la mayoría de las ocasiones.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha considerado que “la nulidad [se entiende que hace referencia a la parcial], en casos no previstos legalmente, depende de la importancia que la causa de la nulidad tenga en el conjunto del negocio” (STS de 20 de abril de 1988). Este razonamiento supone una importante profundización del planteamiento expuesto en pronunciamientos anteriores sobre la nulidad parcial y aquellos supuestos en los que puede existir.

Asimismo, el alto tribunal en el orden jurisdiccional civil ha llegado a declarar que “la nulidad parcial, de contemplación casuística, solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula (SSTS de 4 de diciembre de 1986 y 17 de octubre de 1987)<sup>228</sup> y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio (SSTS de 30 de marzo de 1950, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991 y 23 de junio de 1992)”.

---

<sup>228</sup>En este mismo sentido pueden encontrarse también las SSTS de 4 de diciembre de 1986 y de 17 de octubre de 1987 en las que la declaración de nulidad parcial viene determinada por la existencia de pactos contractuales contrarios a la ley y “siempre que conste además que se habría(n) concertado aún sin la parte nula”.

Ello recuerda y remarca el carácter casuístico que rodea todo lo relativo a la categoría de nulidad parcial en el Derecho española y, en definitiva, la trascendencia que tienen todas las circunstancias que pueden tener relación con el contenido del contrato. La nulidad parcial podrá declararse en los casos previstos por la ley o cuando la nulidad no afecte a un elemento accesorio o tenga impacto sobre la causa contractual. En aquellos casos en los que no se prevean normativamente, la nulidad parcial dependerá del alcance que sobre el todo del negocio jurídico en cuestión.

A efectos meramente de delimitación conceptual, el Tribunal Supremo circunscribe la nulidad parcial si el contrato se habría celebrado sin la parte nula –muy en la línea de las regulaciones de ordenamientos jurídicos alemán o italiano– y cuando dicha nulidad no se extienda al conjunto del negocio.

Pese a que su jurisprudencia esconde ciertos puntos oscuros, el Tribunal Supremo, dubitativo por momentos, parece abrazar sin ambages la teoría subjetiva y considerar que el parámetro o juicio de parcialidad debe recaer en la conocida, entre otras posibles denominaciones, como voluntad hipotética de las partes<sup>229</sup>.

En este sentido, “la cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de tal negocio, que solamente puede abordarse en casación si se ponen en juego por el recurrente las reglas de hermenéutica contractual incorporadas a los arts. 1.281 y siguientes del repetido Código” (STS de 4 de marzo de 1975)<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup>Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., pp 107 y ss.

<sup>230</sup>Profundizando en esta misma línea, puede encontrarse algún pronunciamiento posterior en el que se determina que “a falta de una norma jurídica general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta –a alguna de las cuales se hará referencia después– que encierre la norma especial aplicable a la institución particular objeto del debate y, en defecto de ella, deberá acudir a la hermenéutica negocial, según proclama la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975, teniendo presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe” (STS de 10 de octubre de 1977).

La postura del Tribunal Supremo sobre esta cuestión es meridiana. Establece una especie de relación jerárquica de las diferentes soluciones a la problemática en torno a la nulidad parcial contractual. Conviene, por tanto, hacer un sucinto análisis de sus conclusiones. Determina pues que, a falta de norma jurídica general sobre la materia –circunstancia que continúa existiendo, pues no existe regla en estos términos sobre la nulidad parcial–, debe atenderse a los preceptos específicos de cada figura en particular. Este criterio resulta razonable y es el defendido también, ampliamente, por la mayoría de la doctrina civilista.

A nadie se le escapa, no obstante, que esta solución plantea uno de los problemas que acompaña, de forma inherente, al estudio de la categoría de la nulidad parcial: la ausencia de previsiones legales en nuestro ordenamiento jurídico. Existen, aunque contadamente, algunas instituciones en las que puede encontrarse algún precepto específico que contemple las consecuencias jurídicas de las concurrencias de pactos válidos y nulos en el mismo negocio.

A falta de todo ello, el Tribunal Supremo defiende que nos encontraríamos, en última instancia, ante un problema de interpretación del negocio jurídico. Diagnóstico que conlleva de suyo recurrir, necesariamente, a las reglas de la hermenéutica contractual contempladas en los artículos 1.281 y siguientes de nuestro Código Civil.

Sin embargo, dando un paso más allá, considera como criterio determinante a efectos de determinar si un contrato adolece de nulidad, parcial o total, el constituido por la voluntad presumible o hipotética de los sujetos intervinientes en el correspondiente negocio jurídico. Es una clara inclinación jurisprudencial en favor de la conocida como teoría subjetiva cuyo análisis se realizó en partes anteriores de la presente investigación<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup>Como señala el Tribunal Supremo, “la regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro Derecho, a un a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: Primero. En la aplicación analógica admitida por el artículo 4º.1, del Código Civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél (artículos 641, párrafo segundo, 737, párrafo segundo, 767, 781, 786, 793, 1116 –interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975–, 1155, párrafo primero, 1376, 1377, 1476, 1691, párrafo primero, etc.). Segundo. Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro Ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las sentencias de 30 de octubre de 1944 y 7 de noviembre de 1967. Tercero. En la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial, como es de ver en las sentencias de 30 de marzo de 1950, 11 de noviembre de 1955, 22 de enero y 17, 21, 27 de mayo de 1958 y 7 de junio y 6 de diciembre de 1960, cuya regla es la procedente a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiesen concluido sin la parte nula, como se estimó en las sentencias de

Pese a esa predilección por la denominada teoría subjetiva como fundamento de la nulidad parcial del contrato en el Derecho español, estas resoluciones jurisprudenciales dejan también la puerta abierta a otros elementos propios de otras construcciones teóricas. A modo de ejemplo, utiliza instrumentos de la teoría objetiva –de la cual utiliza las circunstancias que envuelven al caso o la naturaleza del contrato– o de algunos criterios más tradicionales, en los que se distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y negocios de contenido plural (divisible). Sin olvidar, por supuesto, la constante y antedicha referencia a las exigencias de la buena fe, como principio general del Derecho.

En otro orden de cosas cabe indicar también que el propio Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de hacer alguna distinción de cierta relevancia sobre diferentes supuestos de nulidad parcial. En algún pronunciamiento recuerda que “la línea jurisprudencial anterior referida a los supuestos de nulidad parcial conservadora de la validez del contrato, hay que añadir los que la doctrina denomina de nulidad parcial coactiva o imperativa, que se refieren al impacto sobre la validez del negocio jurídico del incumplimiento por parte de algunas cláusulas de normas de orden administrativo o imperativo de carácter social o tutelador de los consumidores y usuarios. Así, es constante la jurisprudencia que mantiene la validez de los contrato de compraventa de viviendas de protección [supuesto de nulidad parcial muy específico y con alta incidencia en tiempos pasados, del cual se hará mención en próximas líneas] por precio superior al máximo autorizado, sustituyéndose el precio convenido por el legal o imperativo (SSTS de 14 de enero de 1985, 20 de junio de 1985, 5 de noviembre de 1985, 10 de marzo de 1986, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 28 de febrero de 1991 y 24 de junio de 1991)”.

El razonamiento desarrollado por el Tribunal Supremo permite observar que los supuestos desgranados no agotan, ni mucho menos, todas aquellas posibilidades que en el tráfico jurídico se pueden presentar. Basta con hacer una rápida comparación para constatar que la doctrina civilista ha podido contemplar, desde el sosiego que permite el estudio dogmático, un mayor número de potenciales casos.

---

esta Sala de 17 de mayo de 1958, 29 de abril de 1965 y 30 de noviembre de 1973, como se previó en la antes mencionada de 4 d marzo de 1975.

En cualquier caso, todo ello pone de manifiesto, sin duda alguna, la gran complejidad que entraña realizar una categorización pormenorizada de los diferentes supuestos de nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español, dado su carácter marcadamente casuístico y los vacíos normativos ya apuntados.

#### *4.1.2. El sobreprecio de las viviendas de protección oficial (VPO)*

Una vez realizado el análisis de la nulidad parcial sobre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno al criterio de admisibilidad, concepto y fundamento de este fenómeno, resulta casi obligado hacer referencia a algunos supuestos más específicos y a las consideraciones que el citado tribunal hace en cada uno de ellos.

En términos eminentemente cuantitativos, un buen número de casos sobre los que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse son aquellos relacionados con el sobreprecio en las viviendas de protección oficial (VPO), por superar el precio del contrato los límites determinados por la normativa administrativa a estos efectos.

En la década de los años 80 y parte de los 90 del pasado siglo, el caso del sobreprecio de las viviendas de protección oficial constituyó un auténtico fenómeno jurisprudencial, el máximo exponente de toda la doctrina del Tribunal Supremo entorno a la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español.

Por motivos obvios, resulta imposible –al igual que sucede siempre que se trata de analizar la jurisprudencia de cualquier categoría o negocio jurídico– hacer una sistematización exhaustiva de todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con el sobreprecio en los contratos de vivienda de protección oficial (VPO). Se pretende, en consecuencia, realizar una mera ejemplificación a través de la referencia y estudio de las teorizaciones más destacadas a este respecto.

Sobre este celeberrimo caso, minuciosamente diseccionado por destacada doctrina<sup>232</sup>, cabe destacar la doble visión jurisprudencial existente. La primera de las corrientes

---

<sup>232</sup>Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 109; GORDILLO CAÑAS, A. “Precio ilegal: ¿Un salto atrás en la jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a las Ss. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo II, 1993, pp. 893-913; LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.

jurisprudenciales defiende y considera como válido y eficaz, al margen de las consideraciones propias del Derecho Administrativo, el establecimiento de un precio superior al previsto legalmente en un contrato de compraventa de una vivienda de protección oficial.

El razonamiento mediante el cual el Tribunal Supremo llega a esta conclusión pivota sobre lo contemplado en el artículo 1.255 del Código Civil, que consagra el principio de autonomía de la voluntad y, extensivamente, de libertad contractual. Consecuentemente, conforme a este razonamiento, considera que el sobreprecio no constituye más que una infracción administrativa cuyas consecuencias deben dirimirse según la normativa de Derecho administrativo vigente y que resulte de aplicación.

El contrato se circunscribe pues a la óptica civilista, desde la que el Tribunal Supremo declara el contrato de compraventa de viviendas de protección oficial como válido y eficaz entre las partes y que, en todo caso, un precio superior al *quantum* legalmente establecido implica posibles sanciones de naturaleza eminentemente administrativas, sin trascendencia efectiva para el Derecho privado<sup>233</sup>.

No se puede evitar mantener una actitud bastante crítica respecto a esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la nulidad parcial y el sobreprecio en las viviendas de protección oficial. Bien es cierto que el principio de autonomía de la voluntad y la libertad contractual se erige como un elemento básico sobre el que se asienta el sistema de contratos español. Sin embargo, entender que su expansividad alcanza a un punto tan álgido como el defendido por el Tribunal Supremo puede resultar un tanto excesivo. Evidentemente, por muy flexible que sea la interpretación a estos efectos, existen límites que orillan en cierta medida su alcance e impacto.

En segundo lugar, cabe indicar que la problemática sobre el precio superior legalmente previsto en las viviendas de protección oficial no debe observarse, únicamente, desde el

---

“Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (a propósito de las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992)” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo II, pp. 1373-1400.

<sup>233</sup>Existe, en este sentido, toda una línea jurisprudencial, bien arraigada y reiterada, que cristaliza fundamentalmente en las SSTs de 28 de abril de 1971, 20 de marzo de 1972, 7 de julio de 1981, 3 de septiembre de 1992 y 14 de octubre de 1992.

prisma *Derecho civil vs. Derecho administrativo*. La discusión no debe girar en torno a este punto, interesante en todo caso, sino que debe plantearse sobre si la nulidad parcial como fenómeno puede constituir una solución y, en caso afirmativo, de qué forma y en qué medida.

Por muy acertada que resulte la distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo adolece quizás de cierta superficialidad. Es razonable concluir que la superación del precio del contrato de los límites legalmente establecidos puede constituir, y de hecho lo hace, una infracción administrativa cuyas consecuencias jurídicas vendrán determinadas por la legislación administrativa.

Pese a ello, no puede olvidarse la cuestión nuclear del asunto. Hay que determinar si, en el plano eminentemente civil, el contrato es válido y eficaz en su totalidad o si es compatible la concurrencia de pactos válidos y pactos nulos. La declaración de validez y eficacia al albur de lo contemplado por el artículo 1.255 del Código Civil no responde a una adecuada interpretación de este precepto, ni al necesario respeto del carácter imperativo de las normas aplicables a este caso.

Aunque el artículo 1.255 da, ciertamente, un amplio margen de autonomía y capacidad decisoria para las partes no sirve, como subterfugio o pretexto, para el incumplimiento de las normas especiales o específicas correspondientes. Consecuentemente, por mucho que se desee proteger la intención, autonomía y voluntad de las partes en la órbita del Derecho privado, siempre debe prevalecer el cumplimiento de las normas *ad casum*.

De lo contrario, si se mantiene la idea de que la autonomía privada tiene un estatus preponderante frente a cualquier norma, ya se de naturaleza pública o privada, se puede incurrir en una potencial situación de desequilibrio o en distorsiones de difícil corrección para el ordenamiento jurídico.

Resulta notorio que el Tribunal Supremo se aparta, con esta línea jurisprudencial, de la clásica doctrina de la nulidad parcial contractual puesto que no lo plantea como posibilidad ni como medio de solución ante la existencia de un pacto de naturaleza

contractual cuyo *quantum* es superior a los límites que la normativa específica establece a esos efectos.

Quizás, lo más razonable hubiese sido considerar que el sobreprecio en las viviendas de protección oficial constituye un caso de nulidad parcial, entendiéndose que el pacto por el que los sujetos intervinientes establecieron un precio superior al legalmente permitido es nulo y que el resto del contrato se mantiene válido y eficaz. Esta postura es la defendida por el Tribunal Supremo en la línea jurisprudencial antagónica a la que se acaba de analizar<sup>234</sup>.

En síntesis, esta doctrina jurisprudencial, alternativa y cuantitativamente superior respecto a la otra línea mantenida por este tribunal, mantiene la idea de que, pese a su gran trascendencia, la autonomía privada se encuentra sometida a ciertos límites. Cabe destacar, como afirma el Tribunal Supremo con enorme sentido común en este caso, que algunos de ellos son los que la legislación administrativa de viviendas de protección oficial establece.

Por consiguiente, la conclusión que se alcanza es la de considerar que se produce una nulidad parcial del contrato en tanto en cuanto se considera que el pacto por el que las partes establecen un precio superior al que la legislación administrativa permite es nulo, por superar los límites contemplados en la propia ley.

Dicha nulidad queda circunscrita, a juicio del tribunal, a la cláusula del contrato en la que se determina el sobreprecio mientras que el resto de los pactos que lo integran permanecen válidos y eficaces. Se trata pues de una correspondencia total con las teorizaciones más ortodoxas de la nulidad parcial contractual.

---

<sup>234</sup>Como resoluciones más destacadas de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que aboga por la nulidad parcial del contrato en el que se incluye un precio superior al establecido por la normativa administrativa pueden citarse las SSTs de 29 de noviembre de 1977 [relativa esta a un sobreprecio en un arrendamiento de viviendas de protección oficial], 7 de abril de 1978, 20 de marzo de 1979, 11 de mayo de 1979, 12 de julio de 1979, 26 de febrero de 1983, 27 de noviembre de 1984, 3 de diciembre de 1984, 26 de diciembre de 1984, 14 de enero de 1985, 20 de junio de 1985, 5 de noviembre de 1985, 20 de junio de 1985, 5 de noviembre de 1985, 10 de marzo de 1986, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 28 de febrero de 1991 y 24 de junio de 1991.

Las consecuencias de esta nulidad parcial se traducen en que el sobreprecio queda aminorado en los términos cuantitativos que la legislación administrativa aplicable determina. Sin embargo, desde un aspecto más doctrinal se suscita el interesante debate sobre la finalidad de la norma que sanciona con nulidad parcial el caso ante el que nos encontramos.

Existen diversidad de criterios sobre ello. Algún autor defiende que se trata de un caso de nulidad parcial coactiva<sup>235</sup> o un supuesto de nulidad parcial sustitutoria<sup>236</sup>. Bien es cierto que podría tratarse de una norma con finalidad reductora o reductiva<sup>237</sup>, aunque hay algunos elementos que invitan a pensar que la función de esta norma es la apuntada en primer lugar.

La heteronomía de este tipo de normas constituye uno de los primeros indicios. Pese a la autonomía privada de los sujetos contratantes, el Tribunal Supremo aplica la nulidad parcial con fundamento en esta regla de Derecho administrativo que establece una regulación heterónoma del contenido del contrato; es decir, ajena a la intención y voluntad de las partes.

Asimismo, las normas imperativas con finalidad sustitutoria tienen el carácter de necesario o de *ius cogens*; es decir, se produce un desplazamiento de la autonomía de la voluntad de las partes en virtud de la imperatividad de la normativa sobre viviendas de protección oficial. Ello implica, en último término, que el alcance de la autonomía y libertad contractual queda limitado por este tipo de normas.

---

<sup>235</sup>Cfr. GORDILLO CAÑAS, A. “La nulidad parcial del negocio con precio ilegal”, op. cit., pp. 101-204.

<sup>236</sup>GÓMEZ DE LA ESCALERA considera que “se trata (...) de una nulidad parcial sustitutoria al conllevar la sustitución del pacto ilegal por la correspondiente norma imperativa que fija el precio máximo autorizado de las VVPO, en atención a la finalidad social y protectora de las personas de escasos recursos económicos (que por ello no pueden acceder al mercado normal de la vivienda), que caracteriza la legislación especial de VPO. Se trata, en suma, de un supuesto de lo que el Profesor De Castro denominaba “nulidad parcial para evitar el fraude de ley”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 110.

<sup>237</sup>“(...) Esta nulidad parcial no tiene un simple efecto amputador o excluyente del pacto nulo (como ocurre con las normas imperativas-eliminadoras), ni solamente reductor de su alcance hasta ajustarle a los topes legales (como sucede con las normas imperativas-reductoras). Por el contrario, la nulidad parcial que desencadenan las normas imperativas-sustitutorias se caracteriza por producir un doble efecto: la invalidez y eliminación de la parte de la reglamentación contractual contraria o incompatible con la regulación legal y su sustitución por el contenido imperativamente establecido en la norma imperativa sustitutoria infringida. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 99.

La excepción a la imperatividad de las normas con finalidad sustitutoria tampoco se cumple en este caso. De esta forma, si el precio acordado fuese más beneficioso cuantitativamente para el sujeto susceptible de protección el carácter imperativo de la legislación administrativa a este respecto podría verse suavizado por la voluntad de las partes. Sin embargo, no sucede así en el caso analizado.

En cambio, no hay motivo para pensar que la finalidad sustitutoria de esta norma conlleve que la nulidad de la cláusula que contempla el precio superior al normativamente determinado deba extenderse al resto del contrato, que se mantiene válido y eficaz en su totalidad. Se trata pues de una aplicación de las normas con finalidad sustitutoria en la que se entiende, de suyo y por definición, que la nulidad queda reducida al pacto que adolece de nulidad<sup>238</sup>.

Finalmente, la nota más característica de las normas imperativas con finalidad sustitutoria es la referida a su marcado fin social o tuitiva<sup>239</sup>. En este sentido, se puede observar como

---

<sup>238</sup>A este respecto, CRISCUOLI considera que, en relación con lo recogido en los artículos 1.339 y 1.419-2º del Código Civil italiano, la aplicación de las normas que tienen este cariz consta de dos operaciones lógico-jurídicas. Por un lado, la primera de localización y extirpación del pacto contrario a la imperatividad de la norma y otra de inclusión de la disposición normativa en el contenido del contrato.

Por su parte, GORDILLO CAÑAS manifiesta que “la nulidad parcial y sustitución automática son conceptos, si bien racionalmente diferenciables, necesariamente conexos e inseparables en su operatividad. La sustitución no puede realizarse, sino supuesta la nulidad de la parte sustituida. Porque el negocio es nulo en parte, se sustituye su parte nula, quedando vivo el resto de su contenido. La nulidad de la parte constituye un “*prius*”, al menos lógico, respecto a la sustitución. Ambas se integran en una realidad compleja, compuesta de los siguientes elementos: 1) Presupuesto fáctico de operatividad: oposición del negocio, en alguna de sus partes, a la ley. 2) Amputación de esa parte, e integración de su contenido por la previsión legal sustitutiva. 3) Mantenimiento en vida del negocio así rectificado. Cfr. GORDILLO CAÑAS, “La nulidad parcial del negocio con precio ilegal”, op. cit. p. 191.

Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, en la doctrina civilista italiana de referencia cfr. BETTI, op. cit., p. 74; CRISCUOLI, op. cit. p. 219, ROPPO, op. cit., p. 718.

<sup>239</sup>Como señala GÓMEZ DE LA ESCALERA, “la finalidad social o protectora que explica la aparición de las normas imperativas-sustitutorias tiene, históricamente, un doble origen. Unas veces, encuentra fundamento en la reacción, estrictamente social, del ordenamiento ante situaciones objetivas de escasez de ciertos bienes, de penuria económica o de explotación social que propician el abuso y los excesos en la imposición, por el contratante más poderoso, de condiciones leoninas o lesivas que el contratante más débil no puede rechazar si quiere celebrar el contrato correspondiente (...). Otras veces, el fin protector característico de las normas imperativas-sustitutorias se fundamenta en el moderno fenómeno de la contratación en masa, típico del capitalismo industrial desarrollado, por el cual las empresas, para racionalizar y simplificar su actividad negocial y asegurar su predominio económico, establecen de antemano, mediante cláusulas estereotipadas o contratos-tipo que pueden ser aplicados de modo indiferenciado a todos los contratos que celebren, las reglas del contenido contractual a las que deberá, simplemente, “adherirse” el cliente o contratante que desee adquirir sus productos o servicios. (...) Jurídicamente, el fin social o protector de las normas imperativas-sustitutorias se traduce en la atribución al contratante débil de una situación de ventaja o de beneficio a la que no puede renunciar anticipadamente al tiempo de la celebración del contrato. Con

en el caso de las viviendas de protección oficial esta finalidad tuitiva se traduce en evitar una situación de desigualdad, abuso o desequilibrio entre las partes del contrato motivado por un sobreprecio en el contrato.

Queda patente, en todo caso, la coexistencia de dos líneas jurisprudenciales sobre el caso del sobreprecio en las viviendas de protección oficial. La segunda de ellas, la que apuesta por la nulidad parcial como solución a esa circunstancia, cuenta con un mayor nivel de identidad respecto a la doctrina más ortodoxa y predominante sobre la cuestión de fondo.

Cabe hacer referencia también, de forma muy breve, a algunos pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo tiene también oportunidad de fallar en relación con un caso de nulidad por precio ilegal. En ellos, el Tribunal Supremo tomó una posición idéntica y en gran consonancia con la teorización que mantiene en aquellos supuestos de sobreprecio en viviendas de protección oficial (VPO).

En estas resoluciones el supuesto fáctico es enormemente similar. Se trata de casos en los que existe una relación contractual en la que el precio pactado y exigido por el sujeto vendedor supera cuantitativamente el límite previsto por la legislación *ad hoc*. A este respecto, la argumentación del tribunal se fundamenta en la corriente jurisprudencial que defiende la nulidad parcial como la posibilidad de coexistencia en un mismo contrato de pactos nulos y válidos, incluido lo referente a su precio.

Entiende que, aunque las partes hayan acordado, en virtud de la autonomía de la voluntad, un precio diferente por superior al legalmente estipulado el carácter imperativo de la norma implica un límite a la autonomía de los sujetos intervinientes. En definitiva, implica que la cláusula en la que se incluye ese precio sea considerada nula.

---

ello lo que se pretende es, precisamente, evitar que la parte poderosa, haciendo uso de su autonomía privada y ante la necesidad, situación angustiosa o inexperiencia del contratante débil, pueda imponer sus condiciones abusivas. Sólo una vez que tras la perfección del contrato la situación de ventaja o de beneficio se ha convertido en el correspondiente derecho subjetivo y ha ingresado en el patrimonio del contratante débil, se admite la validez de la renuncia, siempre que por la índole del derecho éste no se haya configurado como irrenunciable o indisponible para las partes. El carácter protector de las normas imperativas-sustitutorias se deja sentir, asimismo, en otro rasgo típico: su modificabilidad *ad meliorem*, puesto que, si la reglamentación predeterminada del contrato que proporcionan este tipo de normas se establece en beneficio del contratante más débil, nada impide, en principio, que las partes puedan pactar un contenido contractual diferente al predispuesto legalmente, con tal de que resulte más favorable o beneficioso para el contratante protegido. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., p. 95-97.

Al igual que sucedía en los casos del sobreprecio de viviendas de protección oficial, sin entrar a valor el impacto de su carácter esencial o accidental, el Tribunal Supremo declara nulo el pacto sobre el precio y su efecto resultante es el propio de la aplicación de una norma imperativa con finalidad sustitutoria; es decir, se produce un ajuste del sobreprecio a los límites marcados por la normativa *ad casum* (SSTS de 20 de mayo de 1985<sup>240</sup> y 16 de septiembre de 1986<sup>241</sup>).

#### *4.1.3. Otros casos de interés sobre la nulidad parcial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Especial referencia a las cláusulas de revisión de rentas*

Existe en la abundante jurisprudencia civil del Tribunal Supremo otros casos de enorme interés para el estudio de la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español. Entre ellos, resulta conveniente referirse a toda una corriente jurisprudencial surgida en relación con las cláusulas de revisión de rentas no acordes a la legislación de Arrendamientos Urbanos<sup>242</sup>.

Sirva como premisa para el examen de esta cuestión que la legislación sobre arrendamientos sufre, con cierta periodicidad, constantes modificaciones. Por tanto, todas

---

<sup>240</sup>Cfr. RAMS ALBESA, J. “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 216, 1985, pp. 2669-2678. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo declara la nulidad parcial de un contrato de suministro de cemento en el que el precio exigido por el sujeto responsable del suministro supera los límites que legalmente se establecen. El efecto que produce la declaración de nulidad por parte del Tribunal Supremo es el de reemplazar el sobreprecio acordado por el que la legislación preveía para un contrato de esa naturaleza.

<sup>241</sup>Cfr. LLEDÓ YAGÜE, F. “Comentario a la STS de 16 de septiembre de 1986” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 315, 1986, pp. 3975-3981. En esta resolución, el Tribunal Supremo determina la nulidad parcial de un contrato de préstamo en el que se incluía un pacto con un elevado interés, superior en más de cinco puntos al legalmente establecido. Se declara pues la nulidad de esta cláusula y se produce el consabido ajuste conforme al interés anual que marca la ley, mientras el resto del contenido del contrato permanece válido y eficaz.

<sup>242</sup>Cfr. BARBANCHO TOVILLAS, F.J. “11 de octubre de 1991. Arrendamientos urbanos. de local de negocio. Revisión de rentas. Cláusulas de estabilización. validez e interpretación. Aumento acumulativo de la renta” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, 1992, pp. 15-22; HUALDE SÁNCHEZ, J.J. “Arrendamientos urbanos. de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta. Cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº6, 1984, 1893-1902; QUICIOS MOLINA, S. “22 de mayo de 1997. Arrendamientos urbanos (TRLAU de 24 de diciembre de 1964). de local de negocio. Revisión de renta por aplicación de cláusula contractual. Renta base de la revisión; inalterabilidad de la revisada de mutuo acuerdo” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, 1047-1058

las reflexiones del Tribunal Supremo deben estudiarse en el contexto histórico-jurídico del momento.

Como bien señala algún autor, su interés académico es más bien relativo y su aportación a la doctrina clásica de la nulidad parcial no es especialmente enriquecedora. Sin embargo, si resulta bastante positivo conocer la postura jurisprudencial a este respecto a efectos meramente ejemplificativos<sup>243</sup>.

El Tribunal Supremo fundamenta la existencia de la nulidad parcial en que las cláusulas de revisión de los arrendamientos urbanos sobre la problemática sobre la prórroga legal en conexión con las rentas. Considera que la incorporación al contrato de cláusulas de revisión que eleven en demasía las rentas, objeto de estudio de numerosas investigaciones científicas<sup>244</sup>.

Ello puede provocar, a juicio del tribunal, un fuerte desequilibrio entre las partes, en el sentido de poder disuadir al arrendatario del ejercicio del derecho a la prórroga legal, en los términos que la legislación de arrendamientos urbanos del momento disponía. La decisión del Supremo se basa en la protección de la parte débil, en este caso, el

---

<sup>243</sup>“Un supuesto de nulidad parcial, frecuentísimo en la jurisprudencia, –afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA– viene representado por los numerosos casos en los que se ha declarado la nulidad de las cláusulas de revisión o de actualización de rentas (cláusulas de estabilización) incluidas por las partes en los contratos de arrendamiento urbano, por su contradicción con las normas y principios contenidos en las sucesivas leyes de arrendamientos urbanos, sin que ello afecte al resto del contrato que se mantiene válido y obligatorio para los contratantes pese a la nulidad de la cláusula legal. Desde la perspectiva de la nulidad parcial, las sentencias que declaran la nulidad de estas cláusulas ofrecen, sin embargo, escaso interés, pues, el acusado carácter social y protector del arrendatario que impregna la legislación de arrendamientos urbanos, determina que la validez y conservación del resto del contrato de arrendamiento se imponga a las partes, cualquiera que sea la importancia que éstas hayan otorgado a la cláusula nula en el conjunto de la organización de intereses que estructura el contrato, por lo que el problema de la nulidad parcial/nulidad total ni se plantea, limitándose las resoluciones judiciales a exponer las razones por las que la cláusula enjuiciada resulta inválida, omitiéndose todo pronunciamiento sobre la trascendencia que la ilegalidad de la cláusula nula tiene sobre el resto del contrato, que se presupone válido sin mayores comentarios. Lo que permite encasillar estos supuestos dentro de la nulidad que antes hemos denominado nulidad parcial imperativa”. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., pp. 111-112.

<sup>244</sup>Cfr. CASTRO FERNÁNDEZ, J.M. “Las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos” en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 85, nº 2, 1986, pp. 485-494; RAJOY SOBREDO, M. “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, fascículo IV, 1973, pp. 1027-1060; SELFA PEDRÓS, E. “Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos: su nulidad” en *Revista general de Derecho*, nº 236, 1964, pp. 362-380.

arrendatario mediante la declaración de nulidad de la cláusula de revisión, manteniéndose válido y eficaz el resto de pactos contractuales<sup>245</sup>.

Queda, finalmente, hacer referencia a algún caso que pueda revestir cierto interés pese a su lejanía temporal. Así, en un caso de contrato complejo en cuyo contenido se integra un pacto de compromiso –con requisito de formalidad conforme a los artículos 1.821 del Código Civil en consonancia con lo dispuesto originariamente por los artículos 792 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– y otro de transacción, sin la formalidad requerida para el pacto anterior.

En este caso, el Tribunal Supremo declaró la nulidad parcial del contrato, circunscrita al pacto de compromiso “por incumplimiento de requisito esencial, *ad solemnitatem*, del otorgamiento de escritura pública, exigible en todo contrato de compromiso por el art. 1.821 del Código Civil, en relación con el 792 y concordantes de la ley procesal”. El resto de los pactos contractuales se conservaron válidos y eficaces (STS de 30 de marzo de 1950).

En otra resolución posterior el Tribunal Supremo calificó como nula, al tenerla por no puesta, una cláusula de un contrato de arrendamiento cuyo contenido implicaba la duración de la relación contractual por tiempo ilimitado. La invalidez quedó reservada para el pacto en cuestión, manteniéndose la validez y eficacia del resto del contrato y resultando de aplicación lo dispuesto por el artículo 1.581 del Código Civil (STS de 21 de mayo de 1958)<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup>Dentro de esta corriente jurisprudencial pueden distinguirse dos grandes agrupaciones de supuestos. Por un lado, cabe destacar el bloque integrado por aquellas sentencias que determinan la nulidad de las cláusulas de revisión pactadas por las partes y que, directa y claramente, no cumplían con las previsiones legales establecidas en la legislación de arrendamientos urbanos en las que se prohibía expresamente la incorporación de cualquier cláusula que pudiese hacer variar la renta (SSTS de 25 de enero de 1955 y SSTS de 27 de febrero de 1974, entre otras).

De otro, puede destacarse aquellas resoluciones jurisprudenciales en las que se declara la nulidad de las cláusulas de revisión del precio de alquiler por establecer un método de incremento de la renta bien fijo-progresivo, bien conforme a un patrón de actualización –índice de precios o algún valor determinado, por ejemplo–. Evidentemente, el problema de lo contemplado en estas cláusulas de revisión es que no se respeta el equilibrio de prestaciones ni se expresa la posibilidad de que se produzca una rebaja del precio del alquiler (STSS de 23 de febrero de 1963, 21 de diciembre de 1970, 24 de junio de 1971, 16 de junio de 1973, 24 de diciembre de 1974, 13 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1991 y 22 de mayo de 1997, entre otras).

<sup>246</sup>Como casos de nulidad parcial con cierto atractivo y relacionados con el contrato de arrendamiento pueden destacarse también los enjuiciados en las SSTS de 11 de marzo de 1985 [se declara la nulidad de un pacto presente en una especie de anexo del contrato de arrendamiento] y 26 de junio de 1989 [se

En relación con la donación, de naturaleza jurídica discutida y debate ya apuntado, se consideró que la incapacidad de uno de los donatarios no implica la nulidad total del contrato –si se califica la donación como tal–, siempre y cuando a uno le sea donado la nuda propiedad y al otro el usufructo (STS de 7 de junio de 1960).

Otro supuesto de nulidad parcial negocial, sin ser estrictamente contractual, es aquel en el que el testador, mediante el otorgamiento de testamento ológrafo, instituyó a heredero en calidad de usufructuario a una comunidad religiosas. Supuesto, por otra parte, más frecuente en el tráfico jurídico de lo que realmente puede parecer apriorísticamente. El tribunal determinó que esta cláusula testamentaria adolecía de nulidad en tanto en cuanto sobrepasara los límites previstos en el artículo 515, sin que ello afectase al resto del negocio testamentario (STS de 8 de enero de 1968)<sup>247</sup>.

En algún otro supuesto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un contrato de préstamo. Pese a no constituir un caso típico de nulidad parcial, reviste cierto grado de interés. En este supuesto, se declaró nulo un contrato de préstamo por figurar en la escritura la recepción de una cantidad cuyo valor no era coincidente con la cantidad que, en realidad, se entregó. Pese a esta circunstancia el tribunal consideró que la hipoteca era válida a efectos de garantía para la devolución de la cantidad efectivamente entregada (STS de 14 de junio de 1984).

Cabe señalar que existen muchos otros pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo ha podido conocer, a través de diferentes figuras contractuales o negociales, casos en los que la nulidad parcial se erigía como un fenómeno inherente a las propias circunstancias jurídico-fácticas del supuesto<sup>248</sup>. Es evidente que resulta, en la práctica, imposible hacer

---

determina la nulidad de una cláusula del contrato de arrendamiento que excede el límite previsto en el artículo 1.548 del Código Civil].

<sup>247</sup>El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de conocer casos sobre negocios jurídicos testamentarios en las SSTs de 11 de noviembre de 1955 [se declaró la nulidad de una transacción de naturaleza hereditaria con apoyo en lo dispuesto en el artículo 1.302 del Código Civil] y de 10 de octubre de 1977 [se calificó como nulo parcialmente el testamento por comisario -modalidad propia del Derecho Foral vasco- de una viuda, que dispuso sobre los bienes propios y los de su difunto marido habiendo caducado tal derecho].

<sup>248</sup>A modo de simple enumeración pueden citarse, entre otras, las SSTs de 17 de mayo de 1958 [se estableció la nulidad parcial de un contrato por la existencia de un acuerdo de indivisión sin límite que vulneraba lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil], de 24 de noviembre de 1983 [se determinó la invalidez por error en el consentimiento de un pacto que modificaba un contrato anterior y con el que integraba una única relación contractual], de 15 de abril de 1988 [en un caso de prescripción adquisitiva, se consideró que una escritura de constitución de usufructo sin límite temporal adolecía de nulidad por

un detallado análisis de todas y cada una de las resoluciones jurisprudenciales existentes a este respecto.

Por ello, en este apartado se ha tratado de hacer referencia a algunos de los casos más interesantes para el estudio fenomenológico de la nulidad parcial y que puedan servir para clarificar algunos aspectos en relación con su alcance o, aplicabilidad, así como para descubrir la postura de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo sobre esta categoría.

## **4.2. Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)**

### *4.2.1. Supuestos más relevantes. El caso de las cláusulas de vencimiento anticipado*

Con fecha de 8 de febrero de 2017 el Tribunal Supremo español elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) un auto en el que se planteaban dos cuestiones prejudiciales de gran interés para la ciencia jurídica, fuertemente vinculadas con la nulidad parcial contractual y el Derecho del Consumo. Se cuestionaba, por un lado, todo lo referente al juicio de abusividad sobre las cláusulas de vencimiento anticipado<sup>249</sup>. En clave interna, la decisión incide, entre otros planos, en la aplicación supletoria del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La relativamente reciente sentencia 26 de marzo de 2019 (asuntos C-70/17 y C-179/17, Abanca vs García Salamanca y Bankia vs Lau Mendoza) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dio solución a las dudas planteadas por el Tribunal Supremo

---

contravenir lo contemplado en el artículo 515 del Código Civil] y de 30 de diciembre de 1992 [en pronunciamiento, a raíz de un contrato por el que se establecía la relación entre un directivo y una sociedad anónima, se declaró la nulidad de una cláusula de exclusividad en la que se imponía, a su vez, la obligación por parte de la sociedad de abonar una importante indemnización en caso de no cumplir el contrato convenido o por su resolución en un tiempo anterior al acordado].

<sup>249</sup>Cfr. BASTANTE GRANELL, V. “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 750, 2015, pp. 2420-2454; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario” en *Culpa y responsabilidad* (coord. Lorenzo Prats Albentosa y Gema Tomás Martínez), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 759-784.

español a la luz de un caso de cláusulas de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria<sup>250</sup>.

Cierto es que la resolución no es, ni mucho menos, adalid de la claridad expositiva ni ejemplo de pedagogía jurídica. En todo caso, si se realiza un sosegado ejercicio de disección pueden obtenerse algunas ideas de cierto atractivo para el estudio integral de la nulidad parcial contractual<sup>251</sup>.

La conclusión alcanzada por el TJUE a este respecto ha generado opiniones encontradas y ha tenido un gran impacto. Nutre la doctrina sobre la imposibilidad de moderar e integrar las cláusulas de vencimiento anticipado y, a la postre, con el tema principal de la presente investigación: la nulidad parcial de los contratos, entre otras cuestiones jurídico-técnicas de gran interés teórico y práctico<sup>252</sup>.

Una de las cuestiones prejudiciales elevadas, mediante auto, por el Tribunal Supremo español pretendía conocer cuál debía ser la interpretación y alcance del artículo 6.1 de la Directiva UE/1993/13, cuyo objeto de regulación cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Aunque *ex ante*, se podía anticipar las escasas posibilidades de éxito<sup>253</sup>.

A este respecto, se planteaba si el citado precepto daría cobertura jurídica para que un tribunal nacional pudiese, en casos de abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado, circunscribir la abusividad únicamente de la referencia al impago de “cualquier” cuota

---

<sup>250</sup>Cfr. ADÁN DOMÉNECH, F. “¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado” en *Diario La Ley*, nº 9401, 2019.

<sup>251</sup>Cfr. GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M. “El laberinto de los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado: ¿y ahora qué?” en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 74.

<sup>252</sup>Cfr. ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “Vencimiento anticipado: sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019” en *Actualidad civil*, nº 5, 2019; QUESADA LÓPEZ, P.M. “¿Qué le dice la ejecución hipotecaria al dios de la muerte? —Hoy no. El vencimiento anticipado y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Diario La Ley*, nº 9393, 2019.

<sup>253</sup>“Ciertamente, en coherencia con la rigidez de la doctrina del TJUE sobre la prohibición de moderación de las cláusulas abusivas, no hacía falta argumentar mucho más y la cuestión prejudicial planteada en este sentido por el Tribunal Supremo español parecía estar abocada desde el primer momento al fracaso”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLchez, F. op. cit., p. 195. En el mismo sentido, cfr. BARRAL VIÑALS, I. *Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios: ¿qué nos aporta Europa?* Ed. Bosch, Madrid, 2017, pp. 159-160.

mientras el pacto de vencimiento anticipado por impago de más cuotas permanece válido y vigente<sup>254</sup>. Es, en definitiva, un examen encubierto a la doctrina del *blue pencil test*, muy vinculada con la nulidad parcial contractual<sup>255</sup>.

El Tribunal Supremo expresa en el auto de 8 de febrero de 2017 la perfecta compatibilidad entre la nulidad parcial de la cláusula con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva UE/1993/13. El tribunal español parece dar a entender que, bajo un razonable criterio y conforme a lo contemplado en la Directiva, simplemente se producía una delimitación de aquellos aspectos abusivos y no abusivos a efectos de determinar, en último término, qué cláusulas podrían resultar vinculantes para el consumidor.

No deja, en otros términos, de abrogarse las máximas de la doctrina del *blue pencil test*. De tal forma y manera que, en este caso de cláusulas de vencimiento anticipado, considera que la subsistencia de la cláusula partes tachadas puede defenderse si, a pesar de esta circunstancia, presenta coherencia gramatical, corrección jurídica y no produce un cambio en la regulación incluida en la propia cláusula<sup>256</sup>.

Sin embargo, comenzando por el final, las conclusiones que alcanza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a este respecto difieren, en gran medida, del criterio del Tribunal Supremo español. El tribunal comunitario abraza la idea de que la

---

<sup>254</sup>Como recalca PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “en realidad, como explica el propio Auto en su fundamentación se está cuestionando al TJUE por la conformidad con el art. 6.1 de la directiva 13/1993 de la técnica conocida como ‘blue pencil test’, que consiste en someter al control de contenido únicamente los aspectos de la cláusula que potencialmente pudieran ser abusivos salvando el resto”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. op. cit., p. 195.

<sup>255</sup>El *blue pencil test* contempla, como punto de partida, la divisibilidad de las cláusulas. Ello se traduce en que la cláusula, si la formulación de ésta lo permite, sea parcialmente anulada mediante la técnica del tachado de algunas palabras. Evidentemente la condición para que esta regla resulte de aplicación es que los términos restantes conformen una cláusula con sentido y perfectamente válida.

Para mayor conocimiento del estado actual de la cuestión, cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 347; SANJUÁN MUÑOZ, E. “Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado: A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17” en *Diario La Ley*, nº 9171, 2018.

<sup>256</sup>“(…) y, obviamente, que la parte resultante tras la segregación de la cláusula superase el juicio de abusividad por arrojar una reglamentación razonable y transparente”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. op. cit., p. 195.

eliminación de la causa que motiva el vencimiento anticipado implica, en definitiva, un cambio sustancial del contenido de las cláusulas que lo contempla.

A su juicio, no cabe la admisión de la nulidad parcial de las cláusulas de vencimiento anticipado pues implica una modificación de la esencia de su contenido. Por tanto, según el TJUE, no cabe mantener las citadas estipulaciones contractuales aun sin los elementos que hacen que adolezcan de abusividad.

Es, claramente, una enmienda a la totalidad a la doctrina *blue pencil test* y, por tanto, de la nulidad parcial en el ámbito contractual. Así es, en términos más coloquiales, la apuesta jurisprudencial europea al juego del todo o nada: la nulidad será total, o no será. Sorprende, por varias razones, la postura adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a este respecto.

Es un esfuerzo, casi inútil, no emitir un juicio crítico sobre la decisión del TJUE. En primer lugar, porque la nulidad parcial contractual y la teoría del *blue pencil test* se encuentran perfectamente admitidas y asentadas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. La discusión acerca de su acogida creo que está, o por lo menos debería, más que superada.

Por otra parte, una aplicación estricta del criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia de 26 de marzo de 2019 tendría como consecuencia una parálisis o ralentización del tráfico jurídico. No dar cabida a la nulidad parcial, en este caso de la cláusula, es, en definitiva, un error que hace quebrar los principios más básicos de una realidad que ya tenemos bien interiorizada.

Apostar –ya sea en términos generales o en lo referente a cláusulas contractuales– por la nulidad total, en detrimento de la nulidad parcial, es hacer desaparecer la mayoría de los negocios más habituales. Es difícil, dada la mala praxis de algunos sectores económicos, que alguno de ellos no adolezca de algún vicio. Evidentemente, el fin no puede justificar los medios siendo, pues, lo razonable que el negocio en cuestión sobreviva si el defecto no resulta muy comprometedor para su validez.

Resulta llamativa, y por ello reseñable, la divergencia existente entre la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Abogado General Szpunar, conforme a sus conclusiones de fecha de 13 de septiembre de 2018<sup>257</sup>. A lo largo de sus conclusiones, el Abogado General hace un análisis sobre el procedimiento de separación de una cláusula contractual y sus requisitos<sup>258</sup>.

En las conclusiones de 13 de septiembre de 2018 recogen una serie de exigencias aplicables en la escisión de la cláusula. Entre ellas, destacan tres, que encuentran fundamento en las teorías del *Bundesgerichtshof* alemán. La primera de ellas es la separabilidad; es decir, debe evaluarse si es posible separar la parte viciada de la cláusula del restante de su contenido.

La segunda hace referencia a la claridad y coherencia de la parte que subsiste tras la correspondiente eliminación. Ello implica que, tras la supresión de la parte afectada y sin introducir cambio alguno, el resto del contenido de la cláusula continúa siendo comprensible.

Finalmente, el tercer requisito está vinculado directamente con el sentido de la cláusula. Se traduce en que tras el proceso de localización, análisis y separación de la parte viciada de la cláusula del resto de su enunciado, la cláusula debe mantener intacta su finalidad originaria. No debe producirse ninguna modificación de su propósito.

Como puede observarse, este razonamiento con origen en la jurisprudencia alemana va más allá que la doctrina *blue pencil test* y resulta distinto también de las teorías expuestas en el auto de 8 de febrero de 2017<sup>259</sup>. Es un paso más: supone, por tanto, que la

---

<sup>257</sup>Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. “Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad” en *Actualidad civil*, nº 9, 2018.

<sup>258</sup>“Las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 13 de septiembre de 2018, desde otra perspectiva, se centraron en determinar cuáles eran los requisitos de escindibilidad o separabilidad de un mismo enunciado contractual”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. op. cit., p. 196.

<sup>259</sup>Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*, op- cit., p. 348 y ss.

comprensibilidad no debe quedar reducida a la parte de la cláusula que subsiste, sino que también debe ampliarse al contenido que resulta extirpado<sup>260</sup>.

Otro aspecto relevante, sin ser tan conexo con el tema principal del presente estudio (pero no por ello menos importante), para tratar en relación con la sentencia de 26 de marzo de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es la aplicación en sustitución de una cláusula abusiva por una regla nacional supletoria en favor de la protección del consumidor.

En la segunda cuestión prejudicial del auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 se planteaba si tendría cabida, tras la correspondiente declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que un juez nacional decreta la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional.

En este sentido, resultaría más favorable si la aplicación de la norma conlleva el inicio o la continuación del proceso de ejecución hipotecaria contra el consumidor como alternativa al sobreseimiento del propio proceso que da la facultad al acreedor de instar la resolución del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Como bien indica algún autor, el Tribunal Supremo no deja de someter al escrutinio del TJUE su jurisprudencia más reciente al respecto<sup>261</sup>.

El Tribunal Supremo español quería, por tanto, conocer el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la regla general (y posibles excepciones) que

---

<sup>260</sup>“Al fundamentar esta cuestión prejudicial, interpretaba esta técnica de la “blue pencil test” en modo distinto, como una operación de escindibilidad de las partes o de los elementos de una misma cláusula determinantes de su carácter abusivo, es decir, planteaba si la nulidad de una sola parte de una cláusula — esto es, la nulidad parcial de la cláusula, que no la nulidad parcial del contrato— es compatible con el art. 6.1 de la directiva UE/1993/1376, resultando, en ese sentido, absolutamente tajante la STJUE 26 marzo 2019”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. op. cit., p. 197.

<sup>261</sup>“El Tribunal Supremo español está sometiendo a control comunitario su propia doctrina expresada en la STS 23 diciembre 2015 acerca de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. El presupuesto de la cuestión prejudicial es la valoración efectuada por el Tribunal Supremo español, ya expresada en la STS 23 diciembre 2015, de que la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria contempla una serie de ventajas para el deudor, de las que se vería privado en caso de el acreedor se viera abocado a instar la resolución del contrato de préstamo en un procedimiento declarativo y a ejecutar la sentencia que se dictase por el trámite de la ejecución ordinaria”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. op. cit., p. 197.

imposibilita la sustitución de una cláusula declarada abusiva por una disposición de Derecho nacional.

#### *4.2.2. Los razonamientos del Tribunal de Justicia: la doctrina blue pencil y la nulidad parcial*

En la sentencia de 26 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se concluye que “los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE... no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (apartado 62)”<sup>262</sup>.

Son varias las apreciaciones que pueden y deben hacerse en relación con el criterio del TJUE acerca de la posibilidad de aplicar en sustitución de la cláusula abusiva una norma nacional de carácter supletorio cuando resulte más beneficioso para el consumidor. La piedra de angular de esta sentencia se encuentra en la subsistencia en caso de supresión y en el posible perjuicio al consumidor<sup>263</sup>.

De tal forma y manera que la aplicación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE no resulta incompatible con la facultad del juez nacional para que proceda a sustituir la cláusula abusiva por una norma interna, siempre que la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria se vea comprometida por la eliminación de la cláusula y siempre que la nulidad total del contrato pueda suponer un verdadero perjuicio para el consumidor.

---

<sup>262</sup>Sobre ello, cfr. STJUE de 30 abril 2014 (asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt) y 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10 Pereconivá y Perenic).

<sup>263</sup>Cfr. JIMÉNEZ PARÍS, T.A. “Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2012, pp. 1677-1705.

A este respecto, el TJUE considera que “los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (apartado 63)”.

Ello redundaría en la idea de que no solo es suficiente que el procedimiento de ejecución hipotecaria resulte más beneficioso para el consumidor<sup>264</sup>. Una ventaja comparativa que, en todo caso, podría discutirse<sup>265</sup>. Se requiere, al fin, que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria no resultase incapaz de subsistir sin la consabida cláusula de vencimiento anticipado.

Llama poderosamente la atención que, en este caso, el criterio del tribunal comunitario provoca que la voluntad e intención del consumidor quede, en efecto, desplazada “con arreglo a las normas de Derecho interno” y “adoptando un criterio objetivo (apartado 60)”<sup>266</sup>. No se trata de una concurrencia de requisitos, sino que la relación entre ellos – subsistencia y beneficio para el consumidor – es de yuxtaposición, en favor del primero.

Cabe plantearse qué sucede en el Derecho español si se aplica la doctrina adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Hay que poner de manifiesto que el contrato de préstamo encuentra su regulación, tan sencilla como escueta, en el artículo 1.740 del Código Civil.

---

<sup>264</sup>Cfr. ADÁN DOMENECH, F. “Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado” en *Diario La Ley*, nº 9152, 2018.

<sup>265</sup>Cfr. Conclusiones del Abogado General Szpunar de 13 septiembre 2018.

<sup>266</sup>Postura que tiene su antecedente en la STJUE 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10 Pereconivá y Perenic), según la cual debe seguirse “un enfoque objetivo [...], de manera que, como ha señalado el Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato”

En relación con el vencimiento anticipado y conforme a lo preceptuado por esta regla, puede llegarse a la conclusión que este tipo de cláusulas no constituyen un elemento esencial del contrato de préstamo. En esta relación contractual la obligación principal es la entrega de dinero y su posterior devolución, en términos de identidad en cuanto a especie y cantidad se refieren.

Por tanto, alcanzada esta conclusión, puede afirmarse que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado no tiene por qué impedir, a priori, la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Consecuentemente, estaríamos ante un supuesto de nulidad parcial contractual perfectamente viable.

De acuerdo con los razonamientos expuestos sobre la categoría de nulidad parcial a lo largo de la presente investigación, resulta técnicamente más difícil considerar y defender la nulidad total del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. No se observa una conexión directa, clara y lo suficientemente sólida para afirmar que la ausencia de las cláusulas de vencimiento anticipado por adolecer de abusividad compromete la subsistencia del resto el contrato.

No parece tampoco muy razonable que la nulidad se extienda a todo el contrato si atiende al propio carácter y naturaleza de la cláusula—vencimiento anticipado—, ni a la propia finalidad del contrato y, por supuesto, si como defiende el TJUE, no se tiene consideración de forma preponderante la voluntad e intención de las partes, en especial, en lo que se refiere a la figura del consumidor. No se produce, en ningún caso, una desnaturalización del contrato de préstamo.

De otro lado, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), modificado en su redacción por la Ley 1/2013, también entraría a escena como sustitución —a pesar de las dudas respecto de su carácter supletorio<sup>267</sup>— en caso de que el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado de un determinado contrato resultase abusiva y, por ende, nula.

A este respecto, el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de julio de 2019 (asunto C-486 Bankia) ha venido a completar, junto con dos autos de la misma

---

<sup>267</sup>Cfr. ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-92 Bankia y asunto C-167 BBVA).

fecha<sup>268</sup> y la sentencia de 26 de marzo de 2019, el marco jurisprudencial comunitario sobre las cláusulas de vencimiento anticipado<sup>269</sup>.

En relación con la aplicación de este artículo, cabe resaltar que el citado auto recoge que “el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el principio de efectividad deben interpretarse, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, en el sentido de que no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada”.

Debe ponerse especial énfasis en lo relativo a la voluntad e intención de las partes y a la protección del consumidor. Reconozco ignorar cuál ha sido la motivación real del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para adoptar este criterio. Sin embargo, es muy significativo que la prohibición de moderación de integración de las cláusulas llegue hasta el punto de que se antepone, mediante una formulación condicional, la potencial subsistencia del contrato a una posible situación de ventaja o beneficio del consumidor<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup>Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios: una doctrina jurisprudencial en auxilio de la hipoteca” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 143, 2016.

<sup>269</sup>Cfr. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. “El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 774, pp. 2077-2091.

<sup>270</sup>“(…) para que la cláusula de vencimiento anticipado declarada nula pudiera ser sustituida por el art. 693.2 LEC, en su redacción dada por la Ley 1/2013, (lo que en realidad no sería una operación de integración de la cláusula declarada nula con el derecho dispositivo, sino más bien una moderación judicial de la misma, puesto que el art. 693.2 LEC no es una norma de derecho supletorio que esté llamada a aplicarse en ausencia de pacto entre las partes, sino un límite imperativo a tales pactos), no basta con concluir que la prosecución del procedimiento de ejecución hipotecaria –vía aplicación supletoria del citado precepto– es más ventajosa para el prestatario que un procedimiento declarativo ordinario, sino que se requiere que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado”. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, op.cit., p. 200-201.

Aunque, como se expuso en su momento, la decisión comunitaria confirma la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo español, se trata, sin duda alguna, de una decisión difícilmente entendible. Desde las instituciones europeas, tanto del ámbito político como jurídico, se ha propugnado, casi obsesivamente, una defensa a ultranza de los derechos de los consumidores. En efecto, desde la perspectiva más práctica, se llegarían a resultados bastante ilógicos<sup>271</sup>.

Puede observarse, en este caso, como sus intereses pierden cierta relevancia. Cabe reflexionar, en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, acerca de un posible cambio de tendencia. También debe considerarse si algo no se armonizado adecuadamente o si, en verdad, el afán tuitivo de las normas que integran el conocido como Derecho del Consumo se materializa exitosamente en la defensa de los consumidores en el ámbito hipotecario<sup>272</sup>.

No se puede concluir un análisis sobre cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sin hacer referencia, por breve que sea, a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019<sup>273</sup> en la que el tribunal español asimila, interioriza y aplica los criterios adoptados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su doctrina este respecto, contemplada en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los autos de 3 de julio de 2019.

Procede comenzar, aun cayendo en la obstinación, con una recapitulación de las premisas que sienta el TJUE en su doctrina jurisprudencial más novedosa sobre el vencimiento anticipado y que el Tribunal Supremo hace suyas en la sentencia de 11 de septiembre de

---

<sup>271</sup>“(…) Las alternativas para el consumidor son, bien anular la cláusula, sin que proceda su sustitución por una norma nacional aunque ello le resultara más favorable que el vacío contractual o bien, si la consecuencia de la anulación de la cláusula sin integración le resultase perjudicial, renunciar a la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula. Cfr. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, op.cit., p. 203.

<sup>272</sup>Cfr. MARQUÉS MOSQUERA, C. “El TJUE y el vencimiento anticipado por impago en préstamos hipotecarios con consumidores: a vueltas con la inseguridad jurídica” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 71, 2019, pp. 271-282; PUCHOL SORIANO, T. “La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en las hipotecas contraídas por un consumidor” en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (coord. María Teresa Alonso Pérez), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, Madrid, pp. 171-192.

<sup>273</sup>Cfr. COUSO PASCUAL, J.R. “Verdicto: la posición del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas” en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 87, 2019, pp. 37-47.

2019. El tribunal comunitario señala que “la cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido” y que “la jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional (...) no es contraria a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE (...) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (...)”.

Asimismo, y muy resumidamente, debe tenerse en cuenta que, conforme a la postura del TJUE, “corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir”. A efectos de dirimir si un contrato puede subsistir o no, el tribunal remite, de forma expresa, al apartado 32 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10 Pereconivá y Perenic). No debe olvidarse una de las principales máximas de esta doctrina jurisprudencial: la voluntad del consumidor sólo es tomada en cuenta si el contrato subsiste sin la cláusula de vencimiento anticipado.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo español ha tenido oportunidad, recientemente, de exponer sus argumentos, lo cual, reviste cierto interés. Los magistrados de la Sala Primera, en la citada sentencia de 11 de septiembre de 2019, defienden que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

A juicio del Tribunal Supremo, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado limita la facultad que ostenta el acreedor hipotecario, conforme a lo recogido en el artículo 1.858 del Código Civil, de exigir la venta de la cosa hipotecada a efectos de ver visto satisfecho el importe que se le adeuda. Sobre esta argumentación cabe indicar que aunque la nulidad limita el haz de facultades del acreedor no conlleva, en términos absolutos, su desaparición.

Además, considera también que la causa del préstamo (contrato) y la causa de la hipoteca (derecho real de garantía) se encuentran entrelazadas, formando parte de un todo que no se puede fragmentar. En este sentido, la causa del contrato de préstamo está vinculada

con el derecho del consumidor a obtener el propio préstamo en condiciones más beneficiosas; la causa de la hipoteca es, conforme a su naturaleza, la garantía real que reconocida en favor del prestamista en caso de incumplimiento<sup>274</sup>.

La configuración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria como un negocio jurídico que conforma una unidad provoca que el Tribunal Supremo defienda la imposibilidad de su subsistencia en aquellos casos de larga duración y siempre que la ejecución pueda resultar dificultosa o imposible<sup>275</sup>. Como puede observarse, el tribunal español va desgranando, a lo largo de su fundamentación jurídica, diferentes pautas en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>276</sup>.

El Tribunal Supremo no deja de recalcar, muy sugestivamente, que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria puede distinguirse una parte contractual de una parte real. No le falta razón. Esta distinción da pie al tribunal para argumentar que, si el negocio tuviese una naturaleza estrictamente contractual, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no tendría como consecuencia, a priori, la nulidad total del contrato. Sin embargo, dada la naturaleza compleja del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado incide directamente en la garantía y, a la postre, en la naturaleza y finalidad del propio contrato.

Con todo ello presente y con el objetivo de evitar que se produzcan una serie de perjuicios para el consumidor, la Sala Primera del Tribunal Supremo español llega a defender que, según lo regulado en el artículo 1.124 del Código Civil, cabe sustituir la cláusula viciada

---

<sup>274</sup>En la misma línea, cfr. STS de 3 de julio de 1997.

<sup>275</sup>“(…) en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido. En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago. […] si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario”. Cfr. STS de 11 de septiembre de 2019.

<sup>276</sup>Cfr. MÉDICIS BERNAL, E.M. “El Supremo marca las reglas de juego sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas” en *Inmueble: revista de Derecho inmobiliario*, nº 195, 2019, pp. 18-23.

por el contenido del antedicho artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Bien es cierto que, como se remarca en la fundamentación jurídica de la sentencia, la interpretación del precepto no debe hacerse *strictu sensu* sino conforme a la realizada en las SSTS de 21 de diciembre de 2015 y el 18 de febrero de 2016<sup>277</sup>, así como en las sentencias del TJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos C-70/17 y C-179/17, Abanca vs García Salamanca y Bankia vs Lau Mendoza) y 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz vs CatalunyaCaixa)<sup>278</sup>.

Conviene también hacerse eco, sin entrar en demasiado detalle, de las orientaciones que el Tribunal Supremo español expone en este pronunciamiento sobre los procedimientos de ejecución hipotecario, en los que aun no se ha materializado la entrega de la posesión al adquirente. Los criterios del tribunal pueden condensarse en tres pautas fundamentales. El primero de ellos contempla que los procesos en los que el préstamo quedó vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social deben sobreseerse.

El segundo plantea la solución para aquellos supuestos en los que el préstamo quedó vencido después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013. En este caso, si en el incumplimiento del deudor no concurren las notas de proporcionalidad y gravedad requeridas por la jurisprudencia y por el artículo 24 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), los procesos deben ser también sobreseídos. En caso contrario, los procesos siguen tramitándose.

El Tribunal Supremo plasma, en su tercer y último criterio, la idea de que el sobreseimiento de los procesos no constituye un obstáculo para la interposición de una

---

<sup>277</sup>Cfr. RUIZ RUIZ-RICO, J.M. “Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016” en *Diario La Ley*, nº 8791, 2016.

<sup>278</sup>Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. “La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013” en *La Ley Unión Europea*, nº 7, 2013, pp. 25-48; Estrada Alonso, E. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. “Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 735, 2013, pp. 173-244.

nueva demanda ejecutiva con base en lo dispuesto en el articulado de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI).

Es evidente que si no se está de acuerdo con el todo, difícilmente se puede estarlo con la parte. En este sentido, debe compartirse la visión crítica ya apuntada en el análisis de la doctrina jurisprudencial europea, integrada por la sentencia de 26 de marzo y los autos de 3 de julio de 2019. Sin embargo, hay que reconocer que en este pronunciamiento el Tribunal Supremo español se observa un importante esfuerzo clarificador y de traslación de los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>279</sup>.

En todo caso, sí es cierto que las consideraciones del Tribunal Supremo en esta sentencia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria presentan un alto grado de razonabilidad y de buena fundamentación técnica. Así, el tribunal entiende que, conforme al marco jurisprudencial europeo y la adecuada interpretación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), debe realizarse un análisis caso a caso, a efectos de determinar si la facultad de vencimiento anticipado ejercida por el acreedor se ajusta a Derecho.

En esa valoración casuística, el Tribunal Supremo fija una serie de indicios que los tribunales deben tener en consideración. En primer lugar, debe evaluarse la esencialidad de la obligación incumplida; es decir, si la obligación tiene un carácter esencial o accesorio dentro del negocio jurídico. Asimismo, hay que contrastar el nivel de gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y la duración del contrato. Finalmente, el último factor hace referencia a la posibilidad real de salvar esta situación.

La conjugación de todos estos elementos constituye, consecuentemente, un criterio interpretativo bastante claro y completo pues no solo se pondera la esencialidad y gravedad del incumplimiento, sino que se introduce también la necesaria valoración sobre la figura del consumidor. En sentido, parece que el tribunal español muestra una mayor sensibilidad sobre la protección de los derechos del consumidor. Aunque los

---

<sup>279</sup>Cfr. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica” en *Diario La Ley*, nº 9479, 2019; VALLESPÍN PÉREZ, D. “La eficacia de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado tras la STS 463/2019, de 11 de septiembre” en *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, nº 141, p. 7.

razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 no son del todo satisfactorios<sup>280</sup>, sí es justo reconocer en ellos una argumentación más certera que la presente en la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019.

El estudio de la problemática sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y su conexión con la nulidad parcial contractual debe completarse con el análisis de un reciente pronunciamiento europeo: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/19 Dziubak). En esta resolución judicial el tribunal comunitario, entre otras teorizaciones, concluye que la voluntad del consumidor resulta determinante para la supervivencia de un contrato que contenga alguna cláusula abusiva. Indubitadamente, le decisión del TJUE reviste un atractivo que obliga a poner el foco sobre alguno de sus razonamientos.

Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal polaco sobre un contrato de préstamo en moneda extranjera. El caso presenta una serie de elementos bastante extravagantes ya que se trata de un préstamo en eslotis –divisa polaca– con vinculación al franco suizo. Por esta razón, el consumidor pagaba intereses considerablemente inferiores; sin embargo, se encontraba con la obligación de asumir la devaluación del esloti frente al franco suizo. Ello podría implicar una devolución mayor del capital en una práctica de naturaleza bancaria más que discutida y discutible que, a pesar de todo, el tribunal comunitario no ha considerado contrario a Derecho europeo.

Así, dejando a un lado esta cuestión, en primer lugar “se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera y con un tipo de interés directamente vinculado al tipo interbancario de la moneda de que se trate, considere, conforme a su Derecho interno, que tal contrato no puede subsistir sin esas cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato”.

---

<sup>280</sup>Cfr. ADÁN DOMÉNECH, F. “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces” en *Diario La Ley*, nº 9498, 2019.

El TJUE entiende que “según el órgano jurisdiccional remitente, el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal ya no estaría indexado a la mencionada moneda extranjera, mientras que el tipo de interés seguiría basado en el tipo, más bajo, de esta misma moneda. Tal modificación, que afectaría al objeto principal de dicho contrato, podría ser contraria a los principios generales que limitan la libertad contractual previstos por el Derecho polaco y, en particular, al artículo 353 del Código Civil<sup>281</sup>”.

En relación con el artículo 6.1 de la Directiva, siguiendo la estela marcada por la sentencia de 30 abril 2014 (asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt), el tribunal comunitario señala que “esta disposición, y en particular la segunda parte de la frase, no tiene por objetivo anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas, sino que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, especificándose que el contrato en cuestión debe, en principio, subsistir sin ninguna otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas. Siempre que se cumpla este último requisito, el contrato en cuestión podrá mantenerse, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que, conforme a las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sin las cláusulas abusivas sea jurídicamente posible, debiendo apreciarse esta circunstancia según un criterio objetivo”.

Se redunda pues en la misma doctrina establecida meses atrás. Sin embargo, en esta ocasión, la explicación es bastante mejor pues, tal y como se formula, presenta un mayor grado de claridad y definición. A continuación, se aborda el segundo de los interrogantes que plantea el tribunal nacional polaco en la cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): la relevancia de la voluntad del consumidor en la decisión del juez respecto de nulidad de la cláusula y del contrato.

Sobre ello, el tribunal comunitario llega a señalar que el juez “no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por

---

<sup>281</sup>El artículo 353 del Código Civil polaco recoge que “las partes del contrato podrán determinar libremente el contenido de la relación jurídica, siempre que el objeto o la finalidad del contrato no sean contrarios a las características esenciales (la naturaleza) de tal relación, a la ley o a la costumbre”. Como se puede comprobar, este precepto presenta un gran parecido y cierto paralelismo con lo contemplado en los artículos 1.255 y 1.258 de Código Civil español.

dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula<sup>282</sup>. Así, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará”.

A continuación, apuntala su teoría al reconocer que “de manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener a fortiori el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección”.

Además, “(...) el artículo 6, apartado 1 (...) debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato (...) deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante”.

Todo ello se traduce en el reconocimiento explícito por parte del tribunal europeo de que la preferencia del consumidor por la validez y vigencia hace decaer la nulidad total del contrato. De tal forma que, si la nulidad total supone un perjuicio para el consumidor, el juez competente debe aplicar las directrices de la jurisprudencia europea establecidas en el asunto Kásler, cuya principal consecuencia es la integración del contrato conforme a las normas aplicables al caso en concreto.

Cabe resaltar, por lo tanto, que pueden plantearse dos posibilidades. Por un lado, puede aplicarse los postulados de la denominada doctrina Kásler<sup>283</sup> y proceder, como se ha

---

<sup>282</sup>En la misma línea, cfr. STJUE de 21 de febrero de 2013 (asunto C-472/2011 Banif Plus Bank).

<sup>283</sup>Cfr. DOMÍNGUEZ ROMERO, J. “Cláusulas exentas, transparencia e integración judicial: a propósito de la STJUE 30.4.2014, Árpád Kásler, y la revisión británica sobre *exempt terms*” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 35, 2014, pp. 317-343.

antedicho, a la integración del contrato con normas de Derecho supletorio. De otro, cabe declarar la nulidad total de la relación contractual si el consumidor, conforme a su criterio y voluntad, así lo desea. Como es fácil de imaginar, este nuevo matiz introducido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) implica una serie de consecuencias cuyo impacto no parece haber sido medido con la cautela y detenimiento suficiente. Sirva, a modo de ejemplo, si el tribunal se ha dado de lo que esto puede suponer en los procedimientos de ejecución hipotecaria si los deudores apuestan por la nulidad total.

No procede, por extralimitar el objeto principal de la presente investigación, hacer un prolijo análisis sobre las implicaciones de esta decisión tomada desde Luxemburgo. Si bien, dada la novedad que envuelve a la sentencia y su innegable incidencia en la eterna problemática sobre las cláusulas abusivas, conviene aportar alguna sencilla idea. El TJUE modula las facultades del juez en el sentido de que, conforme a su última resolución sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, no puede establecer qué vía es la más adecuada para la protección del consumidor.

En términos generales, el Tribunal Supremo español presupone que el procedimiento especial hipotecario resulta más beneficioso para los intereses del consumidor. En clave interna, la resolución del Tribunal de Justicia europeo resulta más que relevante. Así, en este ámbito, la figura del consumidor parece quedar por encima de cualquier otro operador o criterio y, sin duda, matiza la jurisprudencia española más reciente sobre cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

A efectos prácticos, al consumidor se le abroga la potestad optar por las vías específicas para este tipo de supuestos o acogerse a las pautas del procedimiento ejecutivo ordinario. En todo caso, debe respetarse la valoración y la decisión que tome a este respecto. Es, por tanto, el consumidor quién debe ponderar, toda vez probada la abusividad de una cláusula, cuál es la opción más conveniente para sus intereses<sup>284</sup>. Para que todo ello se materialice con el mayor número de garantías, debe ser informado detalladamente de las consecuencias de las diferentes decisiones que puede tomar<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup>Cfr. ADÁN DOMÈNECH, F. “Tratamiento procesal de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria” en *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 2014, pp. 445-480.

<sup>285</sup>“(…) si el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a la

El culebrón jurisprudencial sobre las cláusulas abusivas y, más concretamente, sobre las cláusulas de vencimiento anticipado suma un nuevo episodio. Resulta muy complejo sistematizar todas las sentencias, autos y cambios normativos, nacionales y europeos, habidos en los últimos años en relación con los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. No solo en términos cuantitativos se presentan dificultades. Ello se suma a que, en ocasiones, tanto el legislador como los tribunales optan por formulaciones y razonamientos que pecan, en exceso, de generalidad y de falta de claridad.

Cabe destacar también que la realidad práctica ha obligado a actualizar, constantemente, los criterios de jueces y tribunales. Han sido y son muchos los frentes que emergen bajo un denominador común: la abusividad de cláusulas en negocios bancarios. El goteo de cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sido constante, lo que ha provocado que en los últimos años se haya producido, multitud de célebres (y también polémicos) pronunciamientos. En algunas ocasiones, se han producido solapamientos y disfuncionalidades.

El escenario futuro no es nada halagüeño pues la maraña es de tal calibre que será muy difícil, por lo menos en el corto plazo, ordenar coherentemente la doctrina, la legislación y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, contratos bancarios, Derecho Hipotecario y del Consumo<sup>286</sup>. La seguridad jurídica queda, pues, en una situación bastante comprometida<sup>287</sup>, máxime cuando, con toda probabilidad, la casuística irá imponiendo nuevas realidades que el ordenamiento jurídico debe afrontar.

---

cláusula en cuestión (...) Así pues, si el consumidor no consiente o incluso se opone expresamente al mantenimiento de las cláusulas abusivas de que se trate, tal como parece ser el caso en el litigio principal, dicha excepción no es aplicable (...)”. Cfr. STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/19 Dziubak).

<sup>286</sup>Cfr. CALLEJO CARRIÓN, S. “Pasado, presente y ¿futuro? de la ejecución hipotecaria (A propósito de la deriva hipotecaria)” en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 185, 2016, pp. 33-70.

<sup>287</sup>Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. “Seguridad jurídica ex ante y ex post en las hipotecas: control y eficacia de las cláusulas abusivas” en *Presente y futuro del mercado hipotecario y ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as* (coord. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Domingo Olmedo Cardenete), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 536-577.

## CAPÍTULO V

### La nulidad parcial del contrato en el Derecho del Consumo español

#### 5.1. Las normas sectoriales de la nulidad parcial en el Derecho del Consumo español

La incidencia de la vigente normativa en materia de Derecho del Consumo en la nulidad parcial contractual es notoria y entraña una gran importancia, tanto desde la perspectiva meramente teóricas como desde el punto de vista de la práctica jurídica<sup>288</sup>. En el tráfico jurídico habitual cobra un especial interés. Ello viene motivado por el afán tuitivo que estas reglas persiguen, sobretudo en lo relativo a la protección de la parte débil de la relación contractual, es decir, el consumidor<sup>289</sup>. Concepto cuya evolución ha sido constante jurisprudencial y normativamente<sup>290</sup>.

Por tanto, no debe de perderse nunca de vista que en el Derecho del Consumo el espíritu de todas las normas que lo integran es el de defender, en sus derechos y facultades, la figura del consumidor<sup>291</sup>. Consecuentemente, las diferentes reglas que contienen una

---

<sup>288</sup>Cfr. BOTANA GARCÍA, G.A. “Una visión global sobre la protección jurídica de los consumidores” en *Actualidad civil*, nº 1, 2015.

<sup>289</sup>Cfr. REBOLLO PUIG, M. “La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007: adaptado a las reformas introducidas por las leyes 25/2009 y 29/2009)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 17-53.

<sup>290</sup>La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)– del concepto de consumidor ha tenido siempre un marcado carácter restrictivo. Vid. por ejemplo, las sentencias de 21 de junio de 1978 (asunto *Bertrand*); 14 de marzo de 1991 (asunto *Di Pinto*), 19 de enero de 1993; 3 de julio de 1997; 17 de marzo de 1998 (asunto *Dietzinger*); 27 de abril de 1999; 11 de julio de 2002; 20 de enero de 2005 (asunto *Gruber*); 20 de enero de 2005 (asunto *Engler*). Cabe resaltar, por reciente y porque constituye un resumen de toda la jurisprudencia comunitaria sobre este extremo, la STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto *Schrems*).

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid. SSTS 568/1999, de 18 de junio; 992/2000, de 16 de octubre; 179/2002, de 28 de febrero; 891/2004, de 21 de septiembre; 963/2005, de 15 de diciembre; 406/2012, de 18 de junio; o 157/2014, de 28 de marzo.

<sup>291</sup>Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (coord. García Vidal A., Gómez Segade, J.A. y Olivencia, M.), Marcial Pons, Madrid, pp. 545-556; ORTEGA DOMÉNECH, J. “La figura del consumidor y su futura incorporación al Código Civil: a propósito del nuevo texto refundido de la ley general de consumidores y usuarios” en *Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias* (coord. F.J. Gómez Gállego.) vol.1, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 969-987.

previsión de nulidad parcial vienen motivadas por esta idea en la que se fundamenta el conjunto normativo sobre esta materia y en la que el legislador se ha inspirado.

Cabe resaltar también que no son excesivamente abundantes los estudios existentes que ponen en conexión la regulación de consumidores y el fenómeno de la nulidad parcial contractual. Por ello, se erige imprescindible, dado el alto nivel de relación entre ambas cuestiones, hacer una sucinta referencia a efectos de que su estudio muestre un contenido lo más completo posible.

Conviene, además, hacer una distinción inicial y aclaratoria que nos permita abordar su estudio con mayor rigor y precisión, tanto normativa como terminológica. Así, habrá que determinar cuáles son los instrumentos legales aplicables y cuáles son las hipótesis previstas para cada norma<sup>292</sup>.

De tal forma y manera que pueden distinguirse tres supuestos con sus consiguientes reglas. El primero de ellos es aquel en el que se materializa la relación de los consumidores entre sí, es decir, la que se genera horizontalmente en tanto en cuanto los sujetos actúan como particulares. En este caso y conforme a esta circunstancia, deberá atenderse a las normas generales contempladas en el Código Civil y cualesquiera otras normas complementarias de Derecho privado.

El segundo de los supuestos es aquel que contempla las relaciones entre profesionales. La intervención de los sujetos no se produce en calidad de consumidores, sino como

---

<sup>292</sup>ÁLVAREZ LATA señala a este respecto que “siendo así, nos podemos encontrar con dos regímenes jurídicos de nulidad parcial susceptibles de ser aplicados en el cual las dos normas [LCGC y TRLGDCU] se yuxtaponen y que es, por otro lado, el más frecuente: la contratación con consumidores con condiciones generales. El problema no se plantearía si no se acusaran ciertas diferencias entre los sistemas de nulidad parcial. En efecto, aunque constituyen ideas comunes en ambos el carácter imperativo de la nulidad parcial o la remisión al art. 1258 CC en cuanto a su integración, algunas divergencias se aprecian entre ambas regulaciones (...). En todo caso, y a salvo algunas matizaciones (...), estamos con quien opina que, en líneas generales, la duplicidad o asimetría normativa si bien en ocasiones pudiera responder a razones a considerar (v.gr. otorgar una mayor protección al consumidor que al adherente), otras veces semeja una mera cuestión de estilo (o de poco estilo) por parte del legislador que describe de modos diferentes una regla unitaria (v.gr. la que afecta a la nulidad total derivada de la nulidad parcial) o que, simplemente, no es cuidadoso en la redacción y comparación de las leyes. De aquí que, también en líneas generales, procuremos, en aras de la seguridad jurídica, proponer una interpretación conjunta de ambas regulaciones a los efectos de tratar el problema de la nulidad parcial y de solventar los concursos de normas en el caos, como se decía antes, más frecuente en la práctica: el de contratos con consumidores con condiciones generales”. Cfr. ÁLVAREZ LATA, op. cit., p.50.

empresario o prestador de servicios frente a otro sujeto que actúa bajo la misma condición.

Se trata también, tal y como sucedía con el supuesto anterior, de una relación horizontal. Así, estas relaciones se encontrarán sujetas a las reglas contenidas en el Código de Comercio, el Código Civil y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) cuando se utilicen este tipo de cláusulas.

Finalmente, cabe hacer referencia al último bloque relacional integrado por aquellas que se producen entre profesionales y consumidores. Se hace inevitable, en este punto, realizar una distinción tripartita. En la primera de las diferentes subdivisiones pueden encontrarse aquellas relaciones contractuales en las que se establecen pactos cuya negociación se ha individualizado. A este supuesto se le aplicarán las reglas generales de contratación.

La segunda de las subdivisiones hace referencia a aquellas relaciones contractuales entre profesionales y consumidores en las que las disposiciones han sido impuestas y no negociadas individualmente, pero que se encuadran en una única relación consumidor-profesional. Su régimen normativo es el previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), conforme a lo recogido fundamentalmente en sus artículos 82 y siguientes.

Por último, las relaciones entre profesionales y consumidores pueden estar marcadas por la inclusión de cláusulas que se insertan, de forma general y en bloque, a todos los contratos profesional-consumidor. Los instrumentos aplicables serán pues las normas contenidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la protección más específica que se prevé en el Texto Refundido, según los apartados dos y tres de su artículo 59<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup>Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en *Revista de Derecho Privado*, año 84, 2000, pp. 99-132; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación” en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (coord. M. Paz García Rubio), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 297-308; SERRA RODRÍGUEZ, A. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores” en *Derecho privado de consumo* (coord. María José Reyes López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317-364.

### *5.1.1. La nulidad parcial contractual en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)*

Toda vez realizada esta categorización, procede centrarse en la conexión entre el fenómeno de la nulidad parcial y los consumidores. En consecuencia, el objeto de estudio de esta parte de la investigación es analizar los pormenores de las relaciones entre consumidores y profesionales cuando las cláusulas que se insertan han sido impuestas y predispuestas en un solo contrato.

El presupuesto de hecho es aquél en el que un profesional inserta imperativamente en un contrato –único, concreto y determinado– con un consumidor, unas cláusulas predeterminadas unilateralmente. De esta primera idea puede desprenderse, con escaso margen para la duda que no nos encontramos ante un caso que se pueda incardinar en la normativa de condiciones generales de la contratación. Normativas que, en cualquier caso, pueden llegar a solaparse o aplicarse conjuntamente, tal y como en apartados posteriores de la presente investigación se examina.

Para que así fuera, esas cláusulas predispuestas e impuestas por el profesional no deberían circunscribirse a un único contrato concreto, sino que tendrían que extenderse a una pluralidad de ellos, como del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) se puede deducir.

Puede llegarse a la conclusión de que son varios los elementos que se conjugan en esta hipótesis. Debe existir una relación contractual en la que los sujetos intervinientes sean, respectivamente, consumidor y profesional<sup>294</sup>; es decir, no se analiza la nulidad parcial en los contratos entre particulares ni entre profesionales.

En segundo lugar, tiene que producirse la inserción de varias cláusulas predispuestas e impuestas por el profesional, sin que haya existido posibilidad de negociación. Además, todas estas disposiciones contractuales se encuentren insertas en un único contacto, concreto y determinado.

---

<sup>294</sup>Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9, 2014.

Tras realizar esta aclaración procede analizar cómo el legislador lo ha regulado. El artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) establece una serie de requisitos en relación con aquellas cláusulas que no han sido negociadas individualmente, tal y como sucede en el supuesto de hecho analizado con aquellas disposiciones impuestas y predispuestas por el profesional.

Entre ellos, cabe destacar el relativo a la exigencia, claridad y sencillez en la redacción (art. 80.1a) y de accesibilidad o legibilidad (art. 80.2b). En la letra “c” del mismo precepto el legislador hace referencia a la necesidad de que la buena fe y el equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes operen en este tipo de cláusulas.

Gran importancia cobra, estableciendo ya la primera conexión con el fenómeno de la nulidad parcial, la cláusula de cierre que parece recogerse en segundo apartado del propio artículo 80 que señala que “cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable del consumidor”.

El contenido de esta regla constituye, sin duda alguna, una buena muestra, entre las muchas existentes en este texto normativo, del espíritu tuitivo y altamente protector de la figura del consumidor<sup>295</sup>. Este artículo supone un verdadero criterio interpretativo respecto de aquellas cláusulas insertas en contratos con consumidores.

En caso de que su contenido contenga aspectos susceptibles de duda o con escaso grado de claridad, deberá interpretarse de la forma más beneficiosa para el consumidor cuya evolución normativa y jurisprudencial ha sido intensa durante los últimos años<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup>Cfr. GARCÍA CANTERO, G. “Reformulación de derechos básicos de consumidores y usuarios (texto refundido de 2007)” en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (coord. García Rubio, M.P.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 297-308.

<sup>296</sup>Cfr. MATO PACÍN, M.N. “Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 48, 2019; PORTILLO CABRERA, E. Y ROJAS ABASCAL, T. “El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5 (septiembre), 2014, pp. 151-160.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe referenciar las SSTS 568/1999, de 18 de junio; 992/2000, de 16 de octubre; 179/2002, de 28 de febrero; 891/2004, de 21 de septiembre; 963/2005, de 15 de diciembre; 406/2012, de 18 de junio; o 157/2014, de 28 de marzo. De otro lado, respecto de la jurisprudencia

Por su parte, en el artículo 82 el legislador entra de lleno en la problemática de fondo. Para ello, aporta una definición de cláusula abusiva; es decir, el legislador delimita conceptualmente la abusividad de una disposición contractual en el ámbito de Derecho del Consumo<sup>297</sup>.

Del examen de este precepto pueden distinguirse las diferentes notas características que el legislador atribuye a una cláusula abusiva. Así, una cláusula adolecerá de abusividad si no ha sido negociada individualmente o si, como práctica, no ha sido consentida expresamente.

El contenido de esta norma presenta un doble argumento. Por un lado, con muy buen criterio da la calificación de abusiva a aquella cláusula no negociada individualmente. La abusividad se fundamenta, en este caso, en la omisión del conocimiento de la verdadera voluntad de la otra parte contratante respecto al contenido del pacto en cuestión.

Se podría plantear, a modo de ejemplo, si es consciente de su alcance o de si desea realmente incorporarla al contrato. Puede propiciarse, en último término, que uno de los sujetos se encuentre en situación de superioridad al abrogarse la facultad de predisponer e imponer esa disposición.

Asimismo, considera como abusiva aquella práctica que no hay sido consentida expresamente. El legislador pretende introducir una especie de cualificación del consentimiento y la voluntad de los sujetos. De esta manera, se huye de presunciones o interpretaciones sobre una posible aceptación tácita que, a la postre, pudiese acarrear consecuencias indeseadas para las partes contratantes por su inconexión con su verdadera intención.

---

comunitaria resulta interesante destacar las SSTJUE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*); de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*) y 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*).

<sup>297</sup>Cfr. BOSCH CAPDEVILA, E. Y GIMÉNEZ COSTA, A. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” en *aa de Derecho Inmobiliario*, año 81, nº 692, 2005, pp. 1757-1816; MENÉNDEZ MATO, J.C. “Abusive clauses: its current regulation in Spain within the european union frme and its future tendencies” en *Critical Review of Current and Controversial Legal Issues in Spain*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 39-60.

El segundo apartado del artículo 82 plantea la posibilidad de que en un mismo contrato existan cláusulas que hayan sido negociadas individualmente frente al resto de disposiciones, impuestas y predispuestas. Esta circunstancia implica que, respecto a las cláusulas negociadas individualmente, se apliquen las normas generales de contratación.

En relación con las estipulaciones calificables como abusivas la lógica invita a pensar que les es aplicable normativa más específica. Así puede deducirse del tenor literal del precepto cuando se afirma que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas del resto del contrato”.

Nos podemos encontrar, por tanto, con un contrato encuadrado en el ámbito de consumidores en el que el régimen aplicable sea el de las normas generales de contratación para aquellas cláusulas negociadas individualmente y la normativa específica de cláusulas abusivas –cumulativa o alternativamente a las reglas de condiciones generales, si resulta procedente– para el resto de las disposiciones impuestas y predispuestas.

Una problemática que el legislador trata de solucionar, con éxito, es la relativa a la negociación individual o no de la cláusula a efectos de determinar su condición de abusiva. Evidentemente, en un proceso de negociación contractual resulta difícil determinar, con objetividad, si una estipulación ha sido, en efecto, negociada individualmente.

Como regla general y salvo supuestos muy palmarios, las partes argumentarán en favor de sus legítimos intereses. Así, el consumidor defenderá, con casi toda probabilidad, que la cláusula ha sido impuesta y predispuesta con el fin de encontrar amparo en un marco de protección más amplio, como es el que ofrece el Texto Refundido (TRLGDCU) o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Por su parte, el empresario o profesional se escudará en que las cláusulas insertas en el contrato habían sido negociadas individualmente y que, por tanto, son las normas generales de contratación –en abstracto, con un menor afán protector de la figura del consumidor– las que resultan de aplicación *ad casum*.

Ante esta situación, el Texto Refundido ha optado por proteger a la parte débil de la relación consumidor-profesional al contemplar que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Consecuentemente, recae en la figura del empresario o profesional la responsabilidad de probar que la cláusula ha sido negociada individualmente. Se trata pues de una garantía a efectos procesales que refuerza la protección del consumidor en relación con la prueba de la negociación de las cláusulas<sup>298</sup>.

Como se señalaba anteriormente, el artículo 82 nos ofrece el concepto de cláusula abusiva. Si bien, la definición dada por el legislador es, hasta cierto punto, difusa. Integra además varios conceptos jurídicos indeterminados que, a lo largo del propio texto normativo, se van matizando.

Los apartados tercero y cuarto del artículo 82 dan cierto apoyo, a efectos de determinar si una cláusula contractual adolece o no de abusividad. Según este precepto, la abusividad debe apreciarse “teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

De estudio del apartado tercero puede deducirse que la naturaleza abusiva de una cláusula –no negociada individualmente, contraria a la buena fe, causante de un perjuicio a consumidor y un desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes– depende también de otros factores, como la naturaleza del objeto contrato o las circunstancias en el momento de su celebración.

A su vez, en el apartado cuarto aparecen recogidos una relación de supuestos en el que se consideran como abusivas ciertas cláusulas cuyo régimen se encuentra recogido en los artículos 85 a 90 del mismo cuerpo legal. Finalmente, el artículo 83 se erige como precepto clave para el estudio de la nulidad parcial en una relación contractual

---

<sup>298</sup>Cfr. BLANDINO GARRIDO, M.A. “Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado actual de la cuestión” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 32, 2013, pp. 323-347; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “Los criterios especiales de distribución legal de la carga de la prueba recogidos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios” en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 6, 2008, pp. 207-232.

consumidor-empresario. Cabe aclarar, en primer lugar, ante qué hipótesis nos encontramos.

Debe existir un contrato en la que los sujetos intervinientes sean un consumidor y un empresario o profesional. El contenido contractual debe estar integrado por cláusulas no negociadas individualmente y predispuestas, sólo y únicamente, para este contrato. Es preceptivo recordar que, si se insertan a una multitud de contratos, resultarían de aplicación conjunta lo previsto en el TRLGDCU y la LCGC. Además, una de esas cláusulas no negociadas individualmente debe adolecer de abusividad por alguno de los motivos legalmente previstos.

El supuesto de hecho se reduce, por tanto, a la existencia de un contrato consumidor-profesional con cláusulas no negociadas individualmente y con visos de abusividad conforme a los criterios normativamente establecidos. Se plantean, por consiguiente, varios interrogantes sobre esta cuestión que giran, en su mayoría, en torno a las consecuencias jurídicas de la nulidad de la cláusula abusiva.

El artículo 83 es meridianamente claro a este respecto. Este precepto determina que las cláusulas que se califiquen como abusivas “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. El legislador ha determina que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y no anulables, con todos los consabidos efectos que esta consideración implica<sup>299</sup>.

Continúa este mismo artículo señalando que “a estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

En consonancia con previsiones legislativas de otros textos normativos de la óptica iusprivatista ya analizadas todo ello supone un claro e inequívoco indicio para considerar

---

<sup>299</sup>Cfr. BLANDINO GARRIDO, M.A. “La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (coord. por Albiez Dohrmann K.J., Palazón Garrido, M.L., Méndez Serrano, M.M.), Atelier, Barcelona, 2011, 239-296.

que la existencia de una cláusula en un contrato no implica su nulidad total. La solución debe pasar por la nulidad parcial: la cláusula abusiva sería nula mientras el resto del contenido contractual se mantendría válido y eficaz<sup>300</sup>. En un plano más bien procesal se establece el control judicial *audita parte* de las cláusulas abusivas.

Se puede llegar a la conclusión de que el legislador abraza la teoría normativa al establecer una norma imperativa, por lo menos en este ámbito, que determina expresamente la nulidad parcial. Sin embargo, la condición exigida de que el contrato pueda subsistir sin la presencia de la cláusula nula hace que este elenco de normas se acerque más a uno de los elementos de la teoría objetiva.

Resulta razonable entender que el legislador pretende establecer la nulidad parcial a través de una norma imperativa con finalidad eliminatória, ya que no se hace referencia a su modulación, reducción o sustitución por el contenido de otra regla.

Pese a que la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva se erige como condicionante para el predicamento de la nulidad parcial, no es extraño concluir que la opción legislativa se encuentra fundamentada en razonamientos más cercanos a la teoría normativa que a cualesquiera otras teorizaciones sobre la conservación del negocio jurídico.

A modo de resumen y conforme al análisis expuesto en líneas anteriores, puede afirmarse que ante la existencia de una cláusula abusiva en un contrato entre consumidor y empresario o profesional la solución pasa por considerarla como nula y no puesta. El resto del contrato se mantendrá, por el contrario, válido y eficaz siempre y cuando éste pueda subsistir conforme a su naturaleza.

### *5.1.2. Las condiciones generales de la contratación y la nulidad parcial*

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) se erige, junto con el TRLGDCU, como el otro gran y relevante instrumento normativo en el ámbito del Derecho del Consumo del ordenamiento jurídico español. Cabe aclarar, en primer lugar,

---

<sup>300</sup>Cfr. BLANDINO GARRIDO, M.A. “La sanción de las cláusulas abusivas (Estudio comparado de los ordenamientos español e italiano)” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 5, 2000, pp. 145-162.

conceptos básicos que dicha ley contempla y cuyo conocimiento se hace indispensable para el análisis de la relación entre las condiciones generales y el fenómeno de la nulidad parcial contractual.

El artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) determina cuál es su ámbito objetivo, es decir, que debe entender por condición general de la contratación. Así, son consideradas condiciones generales de la contratación “aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>301</sup>.

Puede observarse como la redacción del precepto incluye varias características o requisitos para que una cláusula alcance la categoría de condición general de la contratación. Consecuentemente, una cláusula inserta en uno contrato tendrá esta naturaleza si es predispuesta e impuesta, cuya incorporación no se limita a una única relación contractual<sup>302</sup>.

No debe, en ningún caso, pasar desapercibido lo contemplado en el segundo apartado del citado precepto que dispone que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

El contenido de este apartado deja entrever ya, de forma bastante inequívoca, la aplicación conjunta de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

---

<sup>301</sup>Cfr. DURÁN RIVACOBIA, R. “Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 706, 2008, pp. 655-724.

<sup>302</sup>Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Artículo 1. Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 23-36.

Esta consideración implica que, pese a la existencia de cláusulas contractuales negociadas individualmente –a priori, excluidas del ámbito de la LCGC–, la aplicación de esta ley será la resultante para el resto de las disposiciones que integran el contenido de contrato, siempre y cuando éste sea considerado en términos generales como un contrato de adhesión.

A continuación, el artículo 2 de la misma normativa determina que “la presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente”. Es evidente que en este precepto el legislador trata de delimitar el ámbito subjetivo del texto normativo<sup>303</sup>.

La delimitación del ámbito subjetivo entraña una gran importancia a efectos de determinar los sujetos intervinientes en las relaciones y negocios jurídicos que este texto normativo se encarga de positivizar. Ello supone, en último, acotar en términos subjetivos la esfera de la aplicación de dicha ley.

Aunque pueda parecer algo de escasa trascendencia, esta previsión legal, casi forzosa, viene motivada por la especificidad propia del Derecho del Consumo, el abanico de circunstancias jurídico-fácticas que en este ámbito pueden surgir y los diferentes instrumentos normativos, a veces no debidamente conjugados.

En los apartados segundo y tercero de la misma regla se estipula que, respectivamente, “a los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada” y que “el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”.

Son varias las consideraciones que a este respecto pueden realizarse. Cabe señalar que las definiciones dadas en el artículo 2.2 y 2.3 de la Ley de Condiciones Generales de la

---

<sup>303</sup>Cfr. BADENAS CARPIO, J.M. “Artículo 2. Ámbito subjetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 37-92.

Contratación (LCGC) quedan circunscritas, por decisión del legislador, a la aplicación de esta ley.

Así se desprende del comienzo de este apartado cuando el precepto presenta en su inicio la fórmula “a los efectos de esta Ley”. En todo caso la importancia y aplicabilidad que este texto legal tiene en el Derecho del Consumo hace que los conceptos de “profesional” y “adherente” superen la previsión del legislador y su uso trascienda de los efectos de la propia ley<sup>304</sup>.

Debe considerarse profesional “a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial”. Ello implica que el profesional puede ser un empresario individual o una sociedad mercantil, conforme a la normativa vigente en materia civil y mercantil. Además, para resultar de aplicación lo contemplado en este texto normativo, su actuación debe enmarcarse en el ejercicio de su condición empresarial o profesional.

Por su parte, sobre la figura del adherente se señala que “podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”. La conjugación de estos dos apartados supone que el predisponente es siempre un profesional o empresario y que el adherente puede ser un profesional que no actúe como tal, es decir, se plantea como una mera posibilidad: puede ser un profesional o un consumidor.

El artículo 3, por su parte, establece el ámbito territorial de aplicación de la ley. Así, dispone que “la presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que

---

<sup>304</sup>Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español” en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: actas del. I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores* (coord. Jorge Luis Tomillo Urbina y Julio Álvarez Rubio), Civitas, Madrid, 2008, pp. 640-666; YZQUIERDO TOLSADA, M. Y MUÑOZ GARCÍA, C. “Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 de diciembre de 2016” en *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 36, nº 146, 2017, pp. 253-275.

En el Derecho civil italiano puede destacarse alguna interesante reflexión. Cfr. GIORGIANI, M. “Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso” en *Europa e diritto privato*, nº 3, 2006, pp. 1203-1223; PALMIERI, A. Y PARDOLESI, R. “Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un revival innovativo” en *Il Foro Italiano*, vol. 143, nº 3, 2018.

formen parte de contratos sujetos a la legislación española”, lo cual no implica más consecuencias que de la mera lectura del precepto se pueden deducir.

Sin embargo, en la segunda parte del artículo se determina que “también se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales”.

Consecuentemente, dos son los elementos que deben confluir, de forma cumulativa, para que esta ley también resulte de aplicación para contratos sometidos, en principio, a legislación extranjera<sup>305</sup>. Por un lado, se exige que la emisión de la declaración negocial del adherente se haya producido en España. Como es fácilmente imaginable, uno de los principales problemas que surge gira en torno a la determinación de la ubicuidad de la declaración negocial.

Ello cobra especial relevancia en los tiempos actuales, en las que la mayoría –por no decir todas– de las relaciones internacionales comerciales y contractuales se materializan de forma telemática. En este punto, el uso de las nuevas tecnologías más habituales puede dificultar, en este caso, conocer indubitablemente el lugar de emisión de la declaración negocial del adherente.

Son muchos y muy variados los supuestos que la casuística presenta y que, por razones obvias, resulta imposible sistematizar. En todo caso, sí cabe señalar que las principales dificultades pueden surgir en aquellas situaciones en las que la declaración se formaliza, sin la existencia de un soporte físico, a través, de alguna plataforma electrónica como, por ejemplo, el email.

Respecto al otro requisito tampoco el legislador detalla qué se entiende por residencia habitual. Si bien, resulta más fácil por la inclusión de este concepto jurídico en otros

---

<sup>305</sup>Cfr. CUARTERO RUBIO, M.V. “Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 93-110.

textos normativos de naturaleza civil, mercantil o tributaria saber cuál es la residencia habitual de un sujeto determinado<sup>306</sup>.

En todo caso es relativamente sencillo despejar las dudas que pueden plantearse sobre estos temas. Parece más que conveniente que el legislador emprendiese un proceso de armonización de todos estos aspectos problemáticos de gran incidencia en la práctica jurídica.

Si avanzamos en la sistemática de la ley, en el artículo 4 se incorpora una cláusula de exclusión de aplicación. Se señala pues que “la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios”. La relación de exclusiones es, en términos generales, bastante clara.

Se indica, además, que “tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”. Así, esta norma no aplicará al condicionado general de tratados internacionales ni a aquellas condiciones con una regulación específica de carácter imperativo para las partes contratantes.

Antes de abordar el tema de la no incorporación, nulidad y sus efectos de las condiciones generales –régimen contemplado en los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación– procede concluir con el análisis de su capítulo I a efectos de conocer el marco general del texto legal.

Así, el artículo 5 contempla los requisitos de incorporación establecidos por el legislador. Comienza el precepto estipulando que “las condiciones generales pasarán a formar parte

---

<sup>306</sup>Cfr. CHICO DE LA CÁMARA, P. “La residencia habitual como punto de conexión en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado” en *Estudios homenaje al profesor Pérez de Ayala* (coord. César Albiñana García-Quintana y otros), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-106; ESPINAR VICENTE, J.M. “El concepto de residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado” en *Revista de Derecho Privado*, año 64, mes 1, 1980, pp. 3-27.

del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas<sup>307</sup>.

Se requiere, por tanto, la aceptación del adherente y la firma de todas las partes contratantes implica la incorporación de la relación de condiciones generales al contrato en cuestión cuyo contenido debe referir la existencia de ese clausulado general<sup>308</sup>. A continuación, el legislador introduce un matiz respecto a la aceptación anteriormente estipulada como requisito para la incorporación de las condiciones generales.

Se considera que existe aceptación cuando el adherente es consciente de la existencia de las condiciones generales del contrato gracias a la información dada de forma expresa por el predisponente. Asimismo, debe facilitarle un ejemplar de las condiciones generales que se desean incorporar al contrato. Sin la entrega del ejemplar de condiciones generales al adherente no existe aceptación.

En el segundo apartado del mismo artículo se establece un mecanismo de control en el que el notario cumple una función esencial, dentro de los variados cometidos que el legislador le impone<sup>309</sup>.

Conforme a lo dispuesto por este apartado, el adherente tiene la facultad para exigir que las condiciones generales de la contratación no sean incorporadas al contrato matriz y que, por tanto, se recojan en un anexo. Asimismo, el notario se encuentra en la obligación

---

<sup>307</sup>Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 139-192.

<sup>308</sup>Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil una tendencia muy europea” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contrato*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 194-238; PAGADOR LÓPEZ, J. “Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Ubaldo Nieto Carol), Lex Nova, Madrid, 2000, pp. 219-300.

<sup>309</sup>Cfr. REMESEIRO, R. “La función notarial de control de legalidad. Estado de la cuestión en el ámbito de las condiciones generales y las cláusulas abusivas” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 22, 2018, pp- 274-297.

de constatar que al adherente ha recibido, de forma completa, la información sobre las condiciones y que las han aceptado siendo conocedores de su contenido.

El apartado tercero recoge las obligaciones del predisponente en caso de que la formalización del contrato no se realice por escrito. Así, se señala que “cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”.

Es evidente que el legislador buscar proteger permanentemente la figura del adherente. De tal forma y manera que al predisponente siempre le corresponde, de alguna manera, informar al adherente de la existencia y contenido de las condiciones generales del contrato celebrado<sup>310</sup>.

Por su parte, el artículo 5.5 establece que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Son varias las consideraciones que pueden y deben realizarse sobre este apartado quinto del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>311</sup>. En primer lugar, si nos ceñimos a su tenor literal, el legislador pretende introducir una serie de requisitos formales para las condiciones generales, por lo menos en cuanto a su redacción se refiere.

---

<sup>310</sup>Cfr. PÉREZ NEVOT, J.A. “Principios básicos y fundamentos esenciales en la protección del adherente. Regulación de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas. La LCGC. Ámbito de aplicación” en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (coord. José Luis Forte Gorbe y Carolina del Carmen Castillo Martínez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 61-74.

<sup>311</sup>Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control” en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Sixto Sánchez Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 383-484.

La redacción de las condiciones generales de un contrato debe estar sujeta a los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Ello implica, en definitiva, que la parte predisponente utilice una expresión cuidada con el fin último de que el adherente sea capaz de leer, entender y asimilar las condiciones generales que se pretenden incorporar al contrato<sup>312</sup>.

Estos criterios exigidos por el legislador deberían traducirse en que las condiciones generales no se encuentren redactas con una sintaxis excesivamente compleja ni con un léxico muy técnico, aunque en ocasiones, por la naturaleza del propio contrato o su objeto, resulta prácticamente imposible. Asimismo, la tipología y el formato debe ser el adecuado para su legibilidad.

Es interesante analizar el concepto de transparencia, a efectos de esta ley. La relación existente en este precepto parece dar a entender que la transparencia constituye un criterio más para la redacción de las condiciones. Sin embargo, a continuación, cuando determina los efectos utiliza, de forma más general, el concepto de transparencia.

Bien es cierto que esta discusión no tiene mucho recorrido, más allá de una mera cuestión sistemática puesto que jurisprudencialmente se ha abordado, de forma tan extensa como intensa, todo lo relativo a la transparencia de las condiciones generales y cláusulas contractuales. Sirva como ejemplo el gran número de pronunciamientos de jueces y tribunales sobre las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios<sup>313</sup>.

En todo caso, lo más razonable es que la transparencia, concepto jurídico a priori indeterminado pero muy perfilado por la jurisprudencia, englobe los criterios de claridad, concreción y sencillez. La transparencia no constituye un criterio más dentro de la enumeración que recoge la norma, sino que es un criterio autónomo.

---

<sup>312</sup>Cfr. CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de contratación” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 164-183.

<sup>313</sup>Cfr. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre las cláusulas suelo” en *Diario La Ley*, nº 8995, 2017.

Consecuentemente, podría afirmarse que una condición general no es transparente si adolece de falta de claridad –presenta una redacción confusa o un léxico excesivamente técnico–, cuenta con visos de imprecisión –utiliza expresiones muy abstractas o términos confusos– o es muy compleja y difícilmente entendible.

Independientemente de la consideración sobre la transparencia a efectos de esta ley, lo importante radica en los efectos que la ley prevé para aquellas condiciones que no cumplan con los requisitos exigidos en el artículo 5, cuyo apartado cuarto se encuentra derogado<sup>314</sup>. Así, el artículo 5.5 *in fine* señala que “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Por consiguiente, las condiciones incorporadas a un determinado contrato que no cumplen con los criterios de transparencia son consideradas nulas, con todo lo que ello significa. El legislador opta, nuevamente y en la línea de la mayoría de los instrumentos legislativos de Derecho del Consumo, por la nulidad en detrimento de otras opciones como la anulabilidad, quizás menos traumática en cuanto a sus efectos se refiere<sup>315</sup>.

Puede afirmarse, sin ambages, que la nulidad de pleno derecho se erige como la solución más habitual para la mayoría de los casos. Tanto en el Código Civil como en las normas especiales de Derecho privado, la nulidad se erige como la principal consecuencia del incumplimiento de los requisitos previstos legalmente.

Cabe poner de manifiesto que, en este caso, la nulidad siempre se circunscribe a las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos y no se hace extensible, o así puede entenderse del precepto, al resto del contrato incluidas las condiciones que sí merecen la calificación de transparentes. Podríamos afirmar entonces que nos encontramos ante un nuevo supuesto de nulidad parcial.

---

<sup>314</sup>Cfr. PÉREZ MORIONES, A. “Contratación telefónica o electrónica y condiciones generales: reflexiones tras la derogación del artículo 5.4 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y del RD 1906/1999” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 12, 2004, pp. 33-53.

<sup>315</sup>Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su incorporación (crónica de lo incomprensible)” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, nº 3, 2001, pp. 1105-1144.

El legislador sanciona, expresa y concretamente, con la nulidad aquellas cláusulas que no cumplan con los criterios contemplados en el artículo 5. Resulta bastante evidente, por el tenor literal del precepto, que esta nulidad refiere y se circunscribe, única y exclusivamente, a aquellas condiciones incorporadas de modo no transparente. No se hace referencia ni al resto de condiciones generales ni, por supuesto, al contrato propiamente dicho.

Ello invita a pensar que la nulidad de una condición general no invalida el resto del clausulado ni el contenido del propio contrato y que la nulidad es, en este caso, parcial. Al igual que sucede con el resto de las normas de similar corte, el legislador no refiere esta circunstancia.

El artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales establece las reglas de interpretación<sup>316</sup>. Cabe destacar que en caso de contradicción entre las condiciones generales y las particulares estas últimas prevalecen sobre las anteriores.

La excepción a este criterio de prevalencia se produce en el caso de que las condiciones generales pudiesen resultar más beneficiosas para el adherente. En el mismo precepto se indica también que “las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente” y el carácter subsidiario de las normas de interpretación previstas en el Código Civil.

Toda vez superado el análisis de las disposiciones generales del capítulo I de la ley, procede abordar ya todo lo recogido en el capítulo II en conexión con la categoría de la nulidad parcial, objeto principal del presente estudio. Así, a lo largo de las próximas líneas se realiza un examen de la conexión entre las condiciones generales de la contratación y la nulidad parcial contractual.

---

<sup>316</sup>Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La interpretación de las condiciones generales de los contratos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1987, pp. 991-1006; DÍAZ ALABART, S. “Artículo 6. Reglas de interpretación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 193-234; ROCA GUILLAMÓN, J. “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Ubaldo Nieto Carol), Lex Nova, Madrid, 2000, pp. 301-346.

El legislador establece una curiosa distinción entre aquellas condiciones generales no incorporadas y aquellas que adolecen de nulidad. Bien es cierto que esta doble calificación de las condiciones generales implica, en la práctica, la misma consecuencia: la eliminación de los efectos que pudiesen desplegar las cláusulas en cuestión, tal y como se analiza en líneas posteriores.

Sin embargo, resulta más que interesante ahondar, aunque sea sucintamente, en este punto. Evidentemente, el primer interrogante que surge es el de conocer por qué el legislador establece esta doble categorización que, en todo caso, no se traduce más que en una mera distinción dogmática sin mayor recorrido que el nominal.

La no incorporación de las condiciones generales viene determinada por el incumplimiento de los requisitos de incorporación del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Así, conforme a lo dispuesto por el artículo 7, “no quedarán incorporadas al contrato (...) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5”<sup>317</sup>.

Además, tampoco serán incorporadas “las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”<sup>318</sup>.

Por tanto y siguiendo la voluntad del legislador, puede resumirse *grosso modo* que no serán incorporadas aquellas condiciones generales cuyo contenido el adherente desconozca y las que no cumplan los requisitos del artículo 5 en cuanto a legibilidad, claridad y comprensibilidad se refiere.

---

<sup>317</sup>Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 7. No incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 235-258.

<sup>318</sup>Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, op. cit., pp. 139-192.

Respecto de la nulidad, se señala que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Como puede observarse, el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) impone la nulidad si se contradice lo dispuesto en la misma norma o en cualquier otra de naturaleza imperativa que produzca un menoscabo de los intereses del adherente<sup>319</sup>.

Como regla general el incumplimiento de lo recogido en la ley o de cualquier otra norma imperativa implica la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión. Como excepción se plantea la posibilidad de que el legislador prevea una consecuencia jurídica diferente a la de la nulidad, por ejemplo, la anulabilidad.

En consonancia con las normas ya examinadas puede concluirse que el legislador opta por la nulidad parcial como la solución general en el ámbito del Derecho del Consumo. Idea que se refuerza conforme a lo recogido en los artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que serán analizados a continuación.

Puede afirmarse que la distinción legal que esta norma recoge entre no incorporación y nulidad de pleno derecho es, a efectos prácticos, absolutamente estéril puesto que no implica apriorísticamente ninguna diferencia en cuanto al tratamiento de las condiciones generales que puedan resultar nulas o no incorporadas.

El legislador establece regímenes y efectos comunes tanto para la no incorporación como para la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales. Quizás, el legislador con esta distinción pretende establecer un doble filtro, una especie de doble control *ex ante* y *ex post*, respectivamente, sobre el contenido de las condiciones generales de la contratación.

---

<sup>319</sup>Cfr. MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría), Thomson Reuters-Aranzadi, 2007, pp. 193-223.

En cuanto al régimen aplicable, el primer apartado del artículo 9 determina que “la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”<sup>320</sup>. Conforme a lo dispuesto por este artículo “la acción debe ser interpuesta, por tanto, por el adherente”.

A continuación, en el segundo apartado se señala que “la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

Son muchas las consideraciones que deben y pueden realizarse en relación con lo recogido en el artículo 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Si la sentencia es estimatoria respecto de las pretensiones del adherente que ejerce la acción de nulidad o no incorporación caben dos posibilidades.

La primera de ellas es que el fallo de la sentencia determine que la nulidad o la no incorporación de las condiciones generales no tiene incidencia en la validez y eficacia del contrato en su conjunto, conforme a lo establecido en el artículo 10 del mismo texto normativo.

Conforme a esta remisión normativa, “la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas”, según lo contemplado en el artículo 10 de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

---

<sup>320</sup>Cfr. BELLO PAREDES, S.A. “Artículo 9: las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas” en *Estudios jurídicos sobre la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León* (coord. Fernando García-Moreno Rodríguez), Universidad de Burgos, 2004, pp. 289-296; PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 289-296.

Debe ponerse de manifiesto que lo dispuesto en el artículo 9.2 en conexión con el contenido del artículo 10 supone una buena y reiterada muestra de la predilección del legislador por la nulidad parcial para este tipo de supuestos. Si bien, en este caso y conforme a lo que se preceptúa, el legislador plantea también la posibilidad de declarar la ineficacia total del contrato si la nulidad o no incorporación de las cláusulas afecta los elementos esenciales del artículo 1.261 del Código Civil.

En una nueva ocasión el esquema elemental se repite. Nos encontramos ante un supuesto que se enmarca en Derecho del Consumo y la norma nos plantea la posibilidad de que la nulidad se circunscriba a una parte del contrato, sin que trascienda a la totalidad de su contenido.

No se hace referencia, ni directa ni expresa, a la nulidad parcial como concepto o categoría. Hay que intuir que el legislador regula, pese a que no lo nomina abiertamente, la nulidad parcial. Se observa pues un patrón normativo idéntico en las diferentes reglas de Derecho del Consumo analizadas.

Sin embargo, en este caso, el legislador no establece si la segunda solución que se contempla en el artículo 9.2, que implica que el fallo de la sentencia declare la nulidad o la no incorporación de las condiciones generales, mantiene con la primera una relación de subsidiariedad.

No hay mención alguna a este respecto, por lo que cabe concluir que el legislador plantea ambas soluciones –la de la nulidad total y la de la nulidad parcial– en régimen de equilibrio y sin establecer prioridad entre una y otra, a efectos de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>321</sup>. Puede observarse como la nulidad parcial se erige, una vez más, como una de las posibles soluciones jurídicas en el ámbito

---

<sup>321</sup>En la doctrina italiana cabe destacar las ideas recogidas por DOSSETO, M. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti mediante moduli o formulari*, CEDAM, Padua, 1951, pp. 125 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C. “Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del contraente debole” in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 1987, pp. 439; SICCIERO, G. “Condizioni generali di contratto” nella in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, pp. 234 y ss.

de Derecho del Consumo y, más concretamente, en lo relativo a las condiciones generales de la contratación<sup>322</sup>.

En otro orden de cosas, resulta digna de mención la estéril distinción que el legislador realiza entre el concepto jurídico de nulidad y no incorporación de condiciones generales a un contrato determinada. Carece de ningún sentido distinguir, como así se plasma en el articulado de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), entre nulidad y no incorporación.

Desde una perspectiva dogmática, los conceptos, aunque parecidos, no resultan del todo iguales. En cualquier caso, esos matices diferenciadores no parecen tener la trascendencia suficiente para diferenciar entre una y otra categoría. Este razonamiento encuentra apoyo si nos centramos en todo lo relativo a los efectos, como se puede observar de lo estipulado en el artículo 10.

---

<sup>322</sup>Como señala RUIZ MUÑOZ, “(...) en principio, como es natural, el contrato con condiciones generales se ha de ver afectado por la ley de manera similar a como sucede con todo contrato, la validez del mismo se verá cuestionada; no obstante, la existencia de un contenido fragmentado en numerosas cláusulas (condiciones generales) facilita la divisibilidad de la prestación, y por consiguiente, esto hace que el expediente de la nulidad parcial se constituya en el instrumento más idóneo para el control de las condiciones generales de la contratación (...). Pero además en lo anterior, existe un dato mucho más importante que evidencia la estrecha conexión entre nulidad parcial y condiciones generales, como es el fin principal perseguido por toda normativa sobre condiciones generales de la contratación: impedir los abusos que los predisponentes pretenden imponer a los adherentes en la contratación de consumos o servicios generalizados. Esta finalidad sólo puede ser alcanzada mediante la amputación de la cláusula infectada; una solución aparentemente más radical, como puede ser una nulidad total, resulta a todas luces contraproducente dado que la amenaza del no consumo o uso aconsejará a la parte débil no formular ningún tipo de reclamación o queja. De esta manera, se refleja nítidamente que el fin de la ley en estos casos es favorable a la nulidad parcial y que las dudas planteadas entre nulidad parcial y nulidad total del contrato con condiciones generales deben ser resueltas en favor de la primera, con el mantenimiento del resto del contrato. Como hemos tenido ocasión de comprobar, siempre, ante la duda propia que plantea toda nulidad parcial del contrato, el primer recurso interpretativo a utilizar debe ser el fin perseguido por la norma que invalida parcialmente el contrato; de tal modo que cuando este fin se decanta palmariamente en un sentido la duda desaparece. Y como se acaba de decir, en materia de condiciones generales de los contratos, el fin de la norma está por la eliminación del abuso preservando el contrato. Sin embargo, a pesar de todo y de manera un tanto incomprensible, nos encontramos con que los modernos ordenamientos que han desarrollado un régimen jurídico de condiciones generales de la contratación, en lo referente a la nulidad parcial, han reincidido en los viejos moldes legislativos propios de disposiciones generales y abstractas carentes de un contenido teleológico definido. En definitiva, esto significa que también la nulidad de una cláusula de un condicionado general de un contrato viene a plantear la duda sobre el posible decaimiento de todo el contrato. Llegados a este punto, no nos podemos sentir sino un tanto defraudados; da la impresión que el esfuerzo doctrinal de años de trabajo es manifiestamente despreciado. Desde luego, no es ésta la primera vez que esto ocurre ni será la última, pero no por eso la insatisfacción es menor. La evidencia, al menos en este caso, viene a confirmar las severas críticas que sobre la ciencia jurídica formuló, a mediados del siglo XIX, J.H. VON KIRCHMANN en su conocido opúsculo”. Cfr. RUIZ MUÑOZ, M. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pp. 243-244.

Tal y como ya se había indicado cuando se analizaba el contenido de este precepto, el artículo 10 establece una serie de efectos comunes para los supuestos de nulidad y no incorporación. No distingue pues, una serie de consecuencias jurídicas para los casos de nulidad de condiciones generales y otra, diferente, para los casos de no incorporación.

Por ello, cobra fuerza la teoría de que esta categorización es del todo superflua. No tiene sentido que se mantengan un régimen y unos efectos comunes cuando la pretensión es, o al menos parece, legislar sobre dos conceptos jurídicos distintos. Ambos casos, ya se produzca un supuesto de nulidad o de no incorporación, constituyen dos claros ejemplos de nulidad parcial en el ámbito de las condiciones generales<sup>323</sup>.

Resulta conveniente hacer una breve referencia, como colofón al examen de la nulidad parcial y su conexión con las condiciones generales de la contratación, al concepto de cláusulas abusivas y su constante confusión con el de condiciones generales. No es infrecuente encontrar un uso indistinto, no siempre correcto, de ambos términos en el tráfico jurídico habitual y en la jurisprudencia más reciente.

Cabe reiterar, amén de caer en la obstinación, que las condiciones generales de la contratación son cláusulas de naturaleza contractual, no negociadas individualmente e incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC). Así, con las conocidas como cláusulas abusivas comparten la característica de que tampoco son negociadas individualmente.

Esta nota característica común no implica, no obstante, que estas cláusulas sean necesariamente incorporadas en masa a una pluralidad de contratos. Por tanto, pueden existir condiciones generales que no adolezcan abusividad y cláusulas abusivas que no se puedan catalogar como condiciones generales.

Sin embargo, no puede olvidarse que una gran mayoría de las cláusulas abusivas tienen la naturaleza de condiciones generales. Ello no puede servir, en cualquier caso, como subterfugio para afirmar categóricamente que exista un binomio indisoluble entre condiciones generales y abusividad.

---

<sup>323</sup>Cfr. RUIZ MUÑOZ, M. op. cit., p. 267 y ss.

De tal forma y manera que las condiciones generales se encuentran sometidas a un control de incorporación ya analizado, cuando se hacía referencia a los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) cuyo contenido ha sido recientemente modificado por la entrada en vigor de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>324</sup>.

Por otra parte, los artículos 82 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) integran en su conjunto una especie de control respecto de la abusividad de cláusulas contractuales. La ley establece un elenco de posibles cláusulas abusivas; es decir, contempla varios supuestos en los que las disposiciones de un determinado contrato incurren en abusividad<sup>325</sup>.

Se trata de una ponderación, en términos objetivos, de la posible existencia de un desequilibrio importante en las prestaciones que integran la relación contractual. Se busca evitar, por ende, que exista una desigualdad que suponga, en último término, un perjuicio para el consumidor.

Asimismo, con base en los artículos 4.2 *in fine* de la Directiva 1993/13/CEE, 60 y 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) se establece un control de transparencia a través del cual se evalúa, desde

---

<sup>324</sup>Cfr. ALBIEZ DOHRMAN, K.J. “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos del Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº 9439, 2019; CABANAS TREJO, R. “La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº 9379, 2019; CARRASCO PERERA, A. “Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario” en *Comentario a Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 677-705; MÉDICIS BERNAL, E.M. “Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº 9391, 2019.

<sup>325</sup>Cfr. ANTONIO PÉREZ, A.J. “El control de contenido por abusividad” en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (coord. José Luis Forte Gorbe y Carolina Carmen del Castillo Martínez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-188; AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, “El impacto de la jurisprudencia en el control de abusividad” en *Los contratos de crédito inmobiliario: algunas soluciones legales* (coord. Reyes Sánchez Lería y Lucía Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid, 2018, pp. 109-127; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 5, 2016, pp. 302-310; GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, F. “La buena fe como criterio de abusividad” en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 64, 2006.

una perspectiva subjetiva, cuál es el nivel de comprensión del consumidor respecto de las cláusulas que motivaron su decisión de adherirse al contrato<sup>326</sup>.

En el ámbito de Derecho del Consumo, se establece un triple control: de incorporación, de transparencia y de abusividad. Disímiles entre sí, pero interrelacionados<sup>327</sup>. El control de incorporación debe aplicarse, como ha recordado el Tribunal Supremo algunos de sus pronunciamientos más recientes, a todas aquellas cláusulas que tengan la naturaleza de condición general de la contratación independientemente de que el adherente tenga o no la condición de consumidor<sup>328</sup>.

El control de transparencia, por su parte, constituye una garantía autónoma y diferente respecto de los controles de incorporación (o inclusión) y de abusividad, con el que se encuentra directamente conectado<sup>329</sup>. Aspecto que la jurisprudencia comunitaria ha

---

<sup>326</sup>Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. “El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 62, 2014, pp. 173-214; CAÑIZARES LASO, A. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº 3 (julio-septiembre), 2015, pp. 67-105; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario” en *Los contratos de crédito inmobiliario* (coord. Ana López Frías y otros), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 403-437; MARÍN LÓPEZ, M.J. “El control de transparencia material” en *Comentarios a la Ley de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp- 257-313.

<sup>327</sup>Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 13, 2013.

<sup>328</sup>En la STS 114/2013, de 9 de mayo se señala que “en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez-, 7 LCGC -[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”. En la misma línea, vid. SSTS 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril y 688/2015, de 15 de diciembre.

A mayor abundamiento la STS 227/2015, de 27 de abril determina que “incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC”.

<sup>329</sup>Como muy bien indica VELA TORRES “en cuanto al control de transparencia, diferente al mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de la Sala 1ª TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación

remarcado en más de alguna ocasión<sup>330</sup> y que, en cierta medida, impide que el control de transparencia resulte de aplicación para aquellos casos en los que el adherente no tenga la cualidad de consumidor<sup>331</sup>.

Cuestión relevante es la ausencia de regulación en relación con el control de transparencia para el adherente no consumidor. Como reiteradamente se ha manifestado en la doctrina y en la jurisprudencia, el control de transparencia solo tiene cabida en aquellos casos en los que el adherente reúna las condiciones de consumidor<sup>332</sup>. Ello implica que no existe una protección legal específica, ni en el ámbito europeo ni en el nacional, para el adherente no consumidor en conexión con la transparencia de las condiciones generales. Tan sólo podemos remitirnos a las normas generales civiles y mercantiles<sup>333</sup>.

---

objeto del contrato. Cfr. VELA TORRES, P.J. “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial” en *Revista de estudios jurídicos*, nº 18, 2018.

<sup>330</sup>Vid. STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) cuyos razonamientos han sido reiterados en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14 -Banco Primus- (apartado 62, que se remite a las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50); y en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 –Andriciuc- (apartado 43, que se remite a la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32).

Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas abusivas predisuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Actualidad civil*, nº 4, 2002, 1351-1363.

<sup>331</sup>En este sentido existe una corriente jurisprudencial que así lo defiende. Vid. SSTS 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 8/2018, de 10 de enero.

<sup>332</sup>Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. “El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales: Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 18, 2016, pp. 144-148; CARRASCO PERERA, A. “De nuevo sobre el control de transparencia y el control de contenido en contratos celebrados entre no consumidores” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 21, 2017, pp. 168-170; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. “La condición de consumidor/a o empresario/a en los contratos con doble (o simple) finalidad y los controles de abusividad (contenido) y transparencia en la contratación entre empresarios/as” en *Derecho privado, responsabilidad y consumo* (coord. Francisco Javier Pérez-Serrabona González y José Luis Pérez-Serrabona González), 2018, pp. 433-479.

<sup>333</sup>VELA TORRES expresa que “ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”. Cfr. VELA TORRES, P. op.cit.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado el concepto y alcance del control de transparencia indicando que “[a]demás del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo”<sup>334</sup>.

Existe además toda una corriente jurisprudencial que exigen el cumplimiento del requisito de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores como plus de protección de la figura del adherente<sup>335</sup>. El razonamiento principal pivota en la idea de que a las condiciones generales de los contratos consumidores debe aplicárseles, aparte del control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de

---

<sup>334</sup>A mayor abundamiento, estas mismas sentencias indican que “a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”. Vid. SSTS 367/2017, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resultan de sumo interés las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove.

<sup>335</sup>Vid. SSTS 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio.

En relación con la problemática de las cláusulas suelo vid., entre otras, SSTS 241/2013, de 9 de mayo; 64/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 171/2017, de 9 de marzo; y 367/2017, de 8 de junio.

la Contratación (LCGC), un control de transparencia con el fin de que el adherente pueda conocer la trascendencia jurídica y económica de la celebración del contrato<sup>336</sup>.

Otra cuestión interesante que tratar es la relativa a la incidencia en la nulidad parcial y el Derecho del Consumo de la recién aprobada Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora del Crédito Inmobiliario. Este texto normativo ha entrado en vigor en junio de 2019 como forma de transponer la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial<sup>337</sup>.

Su contenido modifica varias normas, de materia diversa. Entre ellas, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Así, como ya se había puesto de relieve en páginas anteriores, se introduce una modificación en el artículo 83<sup>338</sup>.

Concretamente, se produce una modificación por adición. A la redacción del artículo 83 se le incorpora un párrafo que indica que “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

---

<sup>336</sup>A este respecto VELA TORRES considera que “este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”. Cfr. VELA TORRES, P. op. cit.

<sup>337</sup>Cfr. GONZALO, J.A. “La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010” en *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos del Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 55-74.

<sup>338</sup>Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “Primerísimas observaciones al Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20, 2016, pp. 42-73.

Este cambio normativo no parece tener la menor trascendencia puesto que, en la mayoría de las ocasiones, la falta de transparencia conlleva la nulidad de la cláusula en cuestión. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado también en alguna reciente resolución que para considerar que una cláusula es nula no solo debe carecer de transparencia, sino que además debe ser abusiva en los términos recogidos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)<sup>339</sup>.

La incorporación de este último párrafo en la dicción del artículo 83 puede suponer una mayor esfera de protección para la figura del consumidor. De tal forma y manera que muchísimas cláusulas no transparentes incorporadas a contratos con consumidores pueden ser declaradas, de forma automática, nulas de pleno derecho<sup>340</sup>.

Circunstancia que, conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, no tenía por qué suceder, ya que cabía la posibilidad de que la falta de transparencia no supusiera “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 82 TRLGDCU)<sup>341</sup>.

Así y conforme a esta interpretación jurisprudencial, la falta de transparencia no es sinónimo de abusividad y, en definitiva, de nulidad pese a la necesaria conexión entre el

---

<sup>339</sup>En la STS 483/2018, de 11 de septiembre, se indica que “(...) hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas”.

<sup>340</sup>Cfr. MATO PACÍN, M.N. “La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 771, 2019, pp. 113-159; RUEDA TORTUERO, A. “Transparencia y consumidores en las hipotecas multdivisas: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” en *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 220, 2019, pp. 5-48.

<sup>341</sup>En la STS 222/2015, de 29 de abril, el Tribunal Supremo determina que “el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”. Vid., en el mismo sentido, la STS 334/2017, de 25 de mayo de 2017, y la STJUE de 26 de enero de 2017.

juicio de abusividad y el control de transparencia. Se entiende pues que la abusividad por falta de transparencia solo es posible cuando esta última provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor. No puede hablarse, en este caso, de una nulidad automática por falta de transparencia.

Por tanto, la problemática de fondo gira en torno a este punto. La nueva redacción del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) supone que la falta de transparencia de una cláusula contractual conlleva, de forma directa y automática, su nulidad de pleno derecho. Al margen, como ya se ha puesto de manifiesto, de que dicha falta de transparencia implique también que la cláusula sea abusiva.

Hasta este momento y según los pronunciamientos judiciales más recientes, la falta de transparencia no tiene por qué suponer que una condición fuese abusiva ni, por consiguiente, nula. Ello altera, en cierta medida, la concepción y las relaciones que hasta ahora existían sobre y entre los controles de cláusulas en contratos con consumidores.

La interpretación más razonable de la modificación introducida en el artículo 83 es la de considerar que el legislador quiere que la falta de transparencia de una condición contractual sea sinónimo de nulidad, al margen de si vulnera algún precepto o si produce un verdadero desequilibrio entre las partes.

De lo contrario, el cambio introducido por la Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora del Crédito Inmobiliario sería estéril y carecería de todo sentido, máxime cuando el espíritu de todas las leyes de Derecho del Consumo es la de proteger al consumidor como parte débil de la relación con el profesional-empresario.

Hasta cierto punto, resulta complejo entender correctamente los razonamientos del Tribunal Supremo. Los cambios de criterio alcanzan su cota máxima cuando en recientes sentencias se ha declarado la autonomía del control de transparencia respecto del juicio de abusividad, cuando otrora –como se ha observado en la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional– la conexión entre uno y otro era inquebrantable.

Asimismo, constituye la primera referencia expresa a la transparencia en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

En el ámbito de Derecho del Consumo tan solo podíamos encontrar, a este respecto, lo dispuesto en la Directiva 1993/13/CEE y en el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), circunscrita en este caso a los requisitos de incorporación.

A efectos prácticos, esta novedad normativa hace que los consumidores perjudicados por esta circunstancia acrediten, suficientemente, la falta de transparencia para que las cláusulas sean declaradas nulas de pleno derecho. Se trata, en definitiva, de una mayor protección para el consumidor<sup>342</sup>. Habrá que observar, en todo caso, qué interpretación hacen los jueces y tribunales de la nueva redacción del artículo 83 y cuál es el impacto que, en el tráfico jurídico, puede llegar a tener.

### *5.1.3. Aspectos comunes de las reglas de Derecho del Consumo sobre la nulidad parcial contractual*

Los instrumentos normativos de Derecho del Consumo analizados en apartados anteriores, en concreto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) comparten una serie de características comunes referidas a las normas que regulan la nulidad parcial contractual<sup>343</sup>.

La configuración de la nulidad de pleno derecho es una buena muestra de ello. Es la consecuencia de la contravención de determinadas previsiones legales contempladas en las consabidas normas. Consecuentemente, constituye el primer ejemplo de la existencia de una serie de elementos conformadores de un denominador común en las leyes de Derecho del Consumo.

El artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) señala que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva”.

---

<sup>342</sup>Cfr. FUENTES FERNÁNDEZ, I. “Ley reguladora del crédito inmobiliaria: ventajas y desventajas” en *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, nº 190, 2019, pp. 6-11.

<sup>343</sup>Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op.cit., pp. 50 y ss.

En los mismos términos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) recoge en su artículo 83 que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (...). Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Puede observarse como en ambos casos se opta por la nulidad de pleno derecho en detrimento, por ejemplo, de sancionar con la anulabilidad aquellas cláusulas contrarias a una norma imperativa. Pese a que en los términos actuales plantear cualquier tipo de discusión a este respecto puede carecer de interés o fundamento, lo cierto es que antes de la entrada en vigor de determinadas reformas sí existía cierto debate al respecto<sup>344</sup>.

Como de múltiples formas se ha reiterado, el fundamento de las normas de Derecho del Consumo es, sin ambages ni resquicio alguno para la duda, la protección –a veces un tanto obstinada– del consumidor. La actual dicción de los preceptos que imponen la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contrarias a Derecho, junto con el adecuado acotamiento de la legitimación para la interposición de la acción de nulidad, despeja toda duda otrora existente y doctrinalmente bastante discutida<sup>345</sup>.

Con la legislación vigente, no cabe duda de que la nulidad de pleno derecho busca proteger los derechos e intereses del consumidor y que, con base en esta idea, la legitimación para interponer la acción de nulidad queda total y absolutamente vedada para el empresario predisponente. Solo tendría interés legítimo el consumidor adherente. Esta realidad es la plasmada en el artículo 9 de la Ley Condiciones Generales de la

---

<sup>344</sup>Como bien recuerda ÁLVAREZ LATA, “pese a la aparente obviedad de esta afirmación, en algún momento algún sector doctrinal se planteó la oportunidad de que ello fuera así. Tal planteamiento se justificaba en la idea de que el juego automático de la nulidad de pleno derecho podía perjudicar al consumidor, quien quedaría más protegido a través de la anulabilidad, sanción típicamente relacionada con la protección del contratante débil. Si se trata de una nulidad radical –se ha señalado– también el empresario predisponente puede alegarla, lo cual interfiere en el fundamento de la sanción, que no es otro que la protección del consumidor. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op. cit., p. 51.

<sup>345</sup>Cfr. CLEMENTE MEORO M. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas” en *Contratación y consumo* (coord. Francisco Javier Orduña Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 313 y ss.

Contratación (LCGC) cuya redacción no es, ni muchísimo menos, la más clara ni correcta desde el punto de vista técnico<sup>346</sup>.

En términos generales, la legitimación para la interposición de la acción de nulidad de pleno derecho corresponde a cualquier sujeto con un interés legítimo. Frente a las doctrinas más clásicas que defienden un concepto amplio de legitimación en el que cualquier persona con interés, independientemente de que haya sido parte o no de la relación contractual, algún autor defiende una visión más restrictiva<sup>347</sup>.

Por su parte, en el ámbito del Derecho del Consumo la legitimación para la interposición de la acción individual de nulidad recae en el consumidor o adherente, como con anterioridad se había apuntado. Cabe recordar que, en todo momento, se está haciendo referencia al régimen de las acciones individuales contra cláusulas abusivas frente a las normas específicas de las acciones colectivas contra cláusulas abusivas<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup>En este sentido, ÁLVAREZ LATA afirma que “con pésima técnica, el art. 9 LCGC dice que la acción de nulidad ‘podrá ser instada por el adherente’. Ello –que sea ‘a instancia del consumidor’– podría llevarnos a dudar de la naturaleza de la nulidad que se regula en estas normas. Sin embargo, no hay duda de que estamos ante una nulidad de pleno derecho: así lo dice expresamente el antes citado art. 8 LCGC ‘serán nulas de pleno derecho’, y lo deja ver, salvo por la fatídica expresión, el propio art. 9 LCGC, en el que se habla de la declaración judicial de nulidad”. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op. cit., p. 52.

<sup>347</sup>Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al art. 48” en *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa), Tecnos, Madrid, 1997, p. 734.

A mayor abundamiento, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “31 de enero de 1998. Condiciones generales de la contratación frente a consumidores. requisitos. Acción declarativa de nulidad por abusivas. legitimación de asociaciones de consumidores; beneficio de justicia gratuita” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 47, 1998, pp. 725-736; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “10 de abril de 2001: Error obstativo o en la declaración, determinante de nulidad radical del negocio. Legitimación para el ejercicio de la acción: corresponde a los terceros perjudicados, a quienes no afecta la limitación que para instar la anulabilidad del contrato establece el artículo 1.302 del Código Civil” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 58, 2002, pp. 131-146; MORATILLA GALÁN, I. “Contratos. Legitimación del tercero perjudicado por el contrato para ejercitar la acción de nulidad” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 685, 2004, p. 2544.

<sup>348</sup>Cfr. AGUILERA MORALES, E. “Articulaciones procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión” en *Revista española de derecho europeo*, nº 63, 2017, pp. 111-127; MORENO GARCÍA, L. “Acciones ejercitables y acumulación de acciones en materia de cláusulas abusivas” en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coord. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 371-387; VICENT CHULIÁ, F. “Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial”, op. cit., pp. 383-434.

A diferencia de lo que sucede en la legislación sobre condiciones generales de la contratación (art. 9 LCGC), no existe en la normativa de consumidores y usuarios precepto alguno que determine la legitimación activa de la acción individual contra cláusulas abusivas<sup>349</sup>. Bien es cierto que este vacío puede deberse a que en la mente del legislador la defensa de los derechos de los consumidores debería materializarse a través de una acción colectiva<sup>350</sup>.

En todo caso, la acción individual de nulidad es una opción procesal tan legítima como cualquier otra. Existen pues, a modo de recopilación, varios argumentos que invitan a pensar que la legitimación activa para la interposición de la acción individual de nulidad le corresponde al consumidor o adherente.

En primer lugar, por la colaboración que se establece entre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). Ambos textos mantienen entre ellos una relación de complementariedad por lo que no parece muy razonable defender la existencia de una disparidad de regímenes en cuanto a la legitimación se refiere.

Por otra parte, cabe destacar nuevamente la cuestión relativa al fundamento de la normativa de consumidores y usuarios. Como todo gira en torno a la protección de sus derechos e intereses y, en último término, en evitar todo aquello que pueda suponer un perjuicio para el consumidor.

Carecería de sentido considerar que también puede tener legitimación activa el empresario o predisponente para impugnar una cláusula si, precisamente, lo que la norma

---

<sup>349</sup>“La cuestión no resulta tan nítida; (...) omite cualquier referencia a la legitimación en la acción de nulidad, aunque, como es sabido, y ya se dijo antes, la propia definición de cláusula abusiva está incluida la noción de ‘perjuicio del consumidor’. Esta circunstancia y la integración de ambos regímenes, en punto a configurar una única regulación de la nulidad parcial en este ámbito, como también se explicó anteriormente, conducen a entender que también en el sector de las cláusulas predispuestas son consumidores –y no sólo en las condiciones generales– se considere que el consumidor es el legitimado de la acción de nulidad”. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op cit., p.53.

<sup>350</sup>Cfr. GIMENO SENDRA, J.V. “Los procesos sobre cláusulas abusivas: ¿un caos procedimental?” en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, 2018.

persigue es proteger al consumidor de prácticas abusivas llevadas a cabo por éste. Sería incurrir en una especie de *contradictio in terminis*.

El artículo 1.302 del Código Civil podría constituir también un argumento, ciertamente con menor en favor de la defensa de la legitimación activa de la acción de nulidad del consumidor al disponer que “pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos”<sup>351</sup>.

Sobre la acción de nulidad parcial no existen dudas acerca de su carácter imprescriptible, salvo alguna opinión disidente<sup>352</sup>. A través de este instrumento procesal se exige la declaración de nulidad de una cláusula abusiva<sup>353</sup>. Si se establece un paralelismo con el

---

<sup>351</sup>Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “Artículo 1302. Legitimados para ejercitar la acción de nulidad” en *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández, y otros), vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato: artículos 1088 a 1444), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 749-754.

<sup>352</sup>Como bien recoge ÁLVAREZ LATA, “otras tesis han quebrado la unanimidad doctrinal (...). Así, hay quien entiende, con respecto a la nulidad parcial en el Derecho de consumo –y también en general, para la acción de nulidad–, que para los casos en que se requiera una verificación judicial de la causa de nulidad patente, en el caso que nos ocupa, cuando el carácter abusivo de la cláusula, la contravención o el incumplimiento de los requisitos de inclusión requiera ‘algo más que una constatación’ (en el caso de las ‘cláusulas grises’) se aplicará el plazo general (...): la seguridad jurídica impondría que, transcurrido cierto tiempo, no pueda ya pretenderse que se declare nulo un contrato o una cláusula que no presente irregularidades manifiestas”. Cfr. ÁLVAREZ LATA, op.cit., p. 55. Sobre esta cuestión conviene tener presente la visión de PASQUAU LIAÑO, cfr. PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, op. cit., p. 288.

<sup>353</sup>Doctrinalmente, destaca la afirmación de MARÍN LÓPEZ al señalar que “suele afirmarse que una de las diferencias fundamentales entre nulidad absoluta y nulidad relativa es la relativa al plazo de prescripción. Mientras en los casos de nulidad absoluta la acción de nulidad no prescribe nunca, si se trata de una nulidad relativa la acción prescribe a los cuatro años (art. 1301 CC). Partiendo de esta tesis, si la cláusula abusiva es una hipótesis de nulidad absoluta o de pleno derecho, el prestatario podría pedir la nulidad de la cláusula y solicitar asimismo al prestamista la restitución de las cantidades que corresponda en cualquier momento, esto es, aunque haya transcurrido un largo período de tiempo desde la concesión del préstamo hipotecario (...) Que la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva no prescribe nunca es algo que no plantea debate. Toda la doctrina coincide en este punto (...) Como la nulidad de la cláusula abusiva es un caso de nulidad absoluta, rige esta doctrina, y la acción de declaración de nulidad no prescribe”. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. “La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, p. 88.

La jurisprudencia también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de su carácter imprescriptible. Cfr. SSTs 24/2000, de 21 de enero de 2000; 230/2002, de 14 de marzo de 2002; 32/2003, de 21 de enero de 2003, 265/2013, de 24 de abril de 2013; 654/2015, de 19 de noviembre de 2015 y 606/2016, de 6 de octubre de 2016.

De forma más concreta, en la sentencia 230/2002, de 14 de marzo de 2002, entre otras, se señala que “Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles”. Por su parte, en la sentencia de 25 de marzo de 2013, “ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas.

estatus propio de la acción de nulidad contractual, lo más razonable es concluir que la acción de nulidad parcial en el Derecho del Consumo español también es imprescriptible. Al concebir la nulidad parcial como una nulidad de pleno derecho, la remisión del artículo 9.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>354</sup> obliga a aplicársele las reglas generales de la nulidad contractual. Ello implica, por tanto, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad parcial por la que se declara nula una cláusula de un determinado contrato mientras el resto del contrato permanece válido y desplegando efectos.

Así las cosas, la problemática no radica en la imprescriptibilidad de la acción por la que se declara la nulidad parcial que, como se puede comprobar, reúne una visión consonante entre la doctrina y la jurisprudencia. Lo que subyace de fondo es la determinación de la prescripción de la acción de restitución de las cantidades percibidas por el predisponente.

Un sector doctrinal entiende, con apoyo en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, que ambas acciones son imprescriptibles. El principal argumento de esta corriente doctrinal pivota sobre la máxima de que la restitución es automática e inherente a la acción de nulidad, independientemente de que el consumidor así lo haya solicitado. Por tanto, la conclusión que se alcanza es que si la acción de nulidad no prescribe, lo mismo sucede con la devolución de lo que se ha ejecutado<sup>355</sup>.

---

Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible”. Finalmente, en la sentencia de 19 de noviembre de 2015 se indica que a nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato. Y radical y automática, porque se produce «ipso iure» y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible”.

<sup>354</sup>“Siendo la acción de nulidad contractual (en Derecho común) una acción imprescriptible, debido a la propia naturaleza jurídica de la sanción civil como de pleno derecho, la misma suerte correría la acción de nulidad parcial en el Derecho contractual de consumo, porque al ser, como ya se vio, la nulidad parcial una nulidad de pleno derecho, ha de aplicársele el régimen general (...)”. Cfr. ÁLVAREZ LATA, N. op. cit., p. 54.

En este mismo sentido, cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría), Thomson Reuters-Aranzadi, 2007, p. 54.

<sup>355</sup>Cfr. SSTS 171/1992, de 24 de febrero y 934/2005, de 22 de noviembre. En la primera de ellas se apunta que “es doctrina reiterada de esta Sala (...) que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses,

Sin embargo, algún otro autor defiende la autonomía y distinción de la acción por la que se declara la nulidad y la acción de restitución por la que se determina la devolución recíproca de lo entregado en virtud de alguna cláusula (por ejemplo, una cláusula de gastos). A este respecto resulta, a su juicio, técnicamente mucho más correcto establecer plazos de prescripción diferentes para la cada una de las acciones<sup>356</sup>.

Lo dispuesto en los artículos 1.306 y 1.307 del Código Civil puede servir como argumento para defender la falta de conexión directa entre la nulidad y la restitución automática de las prestaciones. La restitución de prestaciones puede no estar, en determinadas ocasiones, aparejada a la declaración de nulidad<sup>357</sup>.

Es posible que, de alguna forma, no exista una relación de causa y efecto entre la nulidad y la devolución de cantidades. De tal forma que, en virtud de los preceptos mencionados, pueden darse casos en los que la nulidad no suponga la devolución de las prestaciones pactadas en el contrato, tal y como acreditan diferentes resoluciones jurisprudenciales<sup>358</sup>.

---

a tenor del art. 1303 del Código Civil, habiendo declarado la Sentencia de 18-1-1904 que «corroborra este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad», obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [S. 10-6-1952] por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio «iura novit curia», sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito”.

Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E. *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepin, Madrid, 2017, pp. 197 y ss.; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, nº 6, p. 4 y ss.

<sup>356</sup>Como señala MARÍN LÓPEZ, “esta solución es acertada, si el demandante simplemente pidió la declaración de nulidad, pero no la restitución. Es una consecuencia lógica del principio de congruencia, que impide al juez conocer de cuestiones que las partes no le han planteado. Y es que, efectivamente, la restitución de cantidades no es una consecuencia inherente a la nulidad. Cuando se ejercitan acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas, el juez ordena la cesación (previa constancia de su nulidad), pero no ordena la restitución de cantidades. Esto demuestra que se trata de dos acciones diferentes. Así ha de ser, aunque el Tribunal Supremo haya sostenido en ocasiones lo contrario. Conforme a lo expuesto, hay que entender que la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, pero sí prescribe la acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas en aplicación de la citada cláusula”. Cfr. MARÍN LÓPEZ, op. cit., pp. 90-91.

<sup>357</sup>Cfr. CAÑIZARES LASO, A. “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, nº 4 (octubre-diciembre), 2016, pp. 103-213.

<sup>358</sup>Entre otras, destacan las SSAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo; Madrid 139/2017 (Secc. 20ª), de 31 de marzo; Madrid 75/2016 de 29 de febrero; Álava 266/2016 (Secc. 1ª), de 1 de septiembre; Ávila 50/2017 (Secc. 1ª), de 3 de marzo; Huelva 537/2016 de 21 de noviembre; Jaén 153/2016 de 7 de marzo; La

Dos breves apuntes, para finalizar, sobre el plazo de prescripción y su inicio a efectos de cómputo. Para los casos de nulidad el plazo general de prescripción será el mismo que rige para las acciones personales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.964.2 del Código Civil.

En el año 2015, la aprobación de la ley 42/2015 de Jurisdicción Voluntaria implicó la introducción de numerosas modificaciones en diferentes textos normativos, entre ellos, el Código Civil. Así, según la nueva redacción del precepto el plazo general de prescripción pasó de los quince a los cinco años<sup>359</sup>.

Sin embargo, no existe una postura doctrinal unánime sobre la restitución de prestaciones derivada de la nulidad de una cláusula. Así, los autores se dividen entre los que defienden la aplicación de artículo 1.301 –con un plazo, por tanto, de cuatro años–<sup>360</sup> y aquéllos que consideran que estos casos deben regirse por el artículo 1.964.2 del Código Civil –cuyo plazo es de cinco años–<sup>361</sup>.

A este respecto no cabe otra opción que adherirse a los postulados de ese sector doctrinal que aboga porque el plazo de prescripción es el general del artículo 1.964.2 del Código Civil, es decir, de cinco años. Si la restitución de prestaciones viene motivada por un supuesto de nulidad, no parece lo más acertado que se aplique lo dispuesto en el artículo 1.301, previsto para casos de anulabilidad –a pesar de la consabida confusión terminológica–. Aunque no constituye ni el único, ni el más sólido argumento para su defensa.

---

Rioja 131/2016 de 16 de julio; Valencia 252/2015, de 15 de julio, 578/2016, de 27 de abril y Valencia 617/2016 (Secc. 9ª) de 4 de mayo; Murcia 140/2016 (Secc. 4ª), de 25 de febrero.

<sup>359</sup>Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S. “Artículo 1964” en *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1077-1084.

<sup>360</sup>Cfr. CARRASCO PERERA, A. “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 21, 2017, pp. 90-105; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “Comentario al art. 83 TRLGDCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 762 y ss.

<sup>361</sup>Cfr. GONZÁLEZ PACANOSWKA, I. “Comentario al art. 83” en *Comentarios*, op. cit., pp. 1158 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLchez, F. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 233 y ss.

No se trata, no obstante, de una mera distinción entre nulidad y anulabilidad a efectos de despejar las dudas sobre el plazo de prescripción relativo a la restitución de prestaciones. Como muy acertadamente señala algún autor, la conclusión que se puede alcanzar es que, ante la ausencia de un plazo de prescripción específico –como así sucede con el caso que se examina–, debe aplicarse sin ambages el plazo general del artículo 1.964.2 del Código Civil, ya que no existe norma alguna que haga referencia al plazo de prescripción para este tipo de supuestos<sup>362</sup>.

Finalmente, cabe hacer una sucinta referencia al siempre controvertido *dies a quo* a fin determinar el inicio del plazo para la recuperación de las cantidades abonadas por prestatario, es decir, el consumidor<sup>363</sup>. Los artículos 1.969 (“el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”)<sup>364</sup> y 1.964.2 (“desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”) integran el marco jurídico a este respecto.

La nulidad de una cláusula viene determinada, como por todos es sabido, desde que se produce la misma celebración del contrato en cuestión. Sin embargo, la posibilidad de

---

<sup>362</sup> “[En] los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho no tienen cabida en el art. 1303 CC, que únicamente entra en juego en la hipótesis de anulabilidad. Sin embargo, la realidad es que para averiguar cuál es el plazo de prescripción de la pretensión de restitución no debería ser necesario “etiquetar” previamente la nulidad de la cláusula abusiva como absoluta o relativa. Pues el legislador tiene las manos libres para configurar cada supuesto de nulidad del modo que estime conveniente. No es que la nulidad, por ser absoluta o relativa, tenga que tener un plazo de prescripción de cinco o cuatro años, respectivamente. Es necesario cambiar el enfoque. Hay que partir de que existe un plazo general de prescripción para las acciones personales que no tienen un plazo específico: plazo de cinco años (art. 1964.2 CC). Ni en la Directiva 93/13/CEE ni en las normas de transposición al derecho español (TRLGDCU y LCGC) hay una norma específica que contemple un plazo de prescripción propio para la restitución de lo ejecutado en aplicación de la cláusula nula. Por esta razón debe aplicarse el plazo general de prescripción de cinco”. Cfr. MARÍN LÓPEZ, op. cit., p. 92.

<sup>363</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil” en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15 y ss., y pp. 101 a 200. Conforme a sus razonamientos, “deben concurrir tres requisitos: (i) que exista la posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el acreedor tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar; y (iii) que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar”.

<sup>364</sup> Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P. “Artículo 1969. Inicio del cómputo para prescribir” en *Código Civil comentado*, op. cit., vol. 4, pp. 1682-1683.

ejercitar el derecho de reclamación de las cantidades pagadas se materializa desde que se han abonado las prestaciones pactadas en virtud de una cláusula<sup>365</sup>.

El tema de fondo gira en torno a la determinación del inicio del plazo de la prescripción. Aparte de la consolidación del derecho del acreedor para solicitar la restitución de las cantidades pagadas, se requiere el conocimiento –real o potencial– por parte del consumidor; es decir, no solo es necesario el mero nacimiento del derecho, sino que al consumidor le debe constar su existencia (o la hubiese debido conocer a una actuación diligente).

A nadie se le escapa que la conclusión que se puede alcanzar a este respecto es que el *dies a quo* para este tipo de supuestos depende, fundamentalmente, de las circunstancias de cada caso. No se pueden establecer, más allá de las ya mencionadas, una serie de normas generales para determinar el inicio del plazo de prescripción respecto de la restitución de las cantidades pagadas.

En todo caso, siempre resulta conveniente replantearse la configuración de la categoría de la prescripción dentro del Derecho Civil. Sin desnaturalizarla, debe incidirse en corregir algunas disfunciones y lagunas que, en la práctica, pueden llegar a surgir tal y como ha podido comprobar con el estudio de la prescripción en relación con la acción de nulidad parcial y la restitución de cantidades<sup>366</sup>.

## **5.2. Instrumentos de *soft law* europeos aplicables para la nulidad parcial. Una propuesta de *lege ferenda***

---

<sup>365</sup>Sirva como ejemplo, una cláusula de gastos en un contrato de préstamo hipotecario. “hay que estar al día en que se pagan los honorarios del notario, del registrador, de la gestoría o del ingreso del IAJD en la Hacienda Pública. A estos efectos, aunque el consumidor haya anticipado una cantidad a la gestoría encargada de realizar los trámites necesarios para la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, las fechas relevantes serán las de las facturas del notario y del registrador de la propiedad, y la que conste en el modelo utilizado para abonar el IAJD”. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. “La prescripción”, op. cit. p. 94.

<sup>366</sup>Cfr. CAÑIZARES LASO, A. “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 4 (octubre-diciembre), 2018, pp. 89-138.

Existen, al margen de las normas positivas anteriormente analizadas, algunos instrumentos de *soft law* en el ámbito europeo que guardan una gran relación con el fenómeno de la nulidad parcial. No se trata pues de plantearse la utilidad y la incidencia de los instrumentos de *soft law* en abstracto en nuestro ordenamiento –tema interesante, pero que excede el objeto del presente estudio<sup>367</sup>, sino de realizar un análisis de su aplicabilidad en conexión con la nulidad parcial contractual.

Conviene, en cualquier caso, establecer algunas ideas generales sobre el *soft law* europeo a efectos de delimitar adecuadamente el estudio de su impacto en la nulidad parcial del contrato. Como bien es sabido, el *soft law* se encuentra integrado por reglas, normas y principios que, sin vigencia *strictu sensu* y con origen en las instituciones comunitarias, sirven como medio de armonización de los ordenamientos jurídicos europeos de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>368</sup>.

La existencia de estos instrumentos supone una tendencia, cada vez más intensa y casi imparable, hacia la creación de un Derecho común europeo, especialmente en lo que se refiere al Derecho privado<sup>369</sup>. Se convierten, además, en una especie de orientación que

---

<sup>367</sup>Cfr. DEL TORO HUERTO, M.I. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n° 13, 2013, pp. 344-403; MAZUELOS BELLIDO, A. “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?” en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), n° 8, 2004.

<sup>368</sup>“El derecho europeo puede presentarse clasificado en derecho comunitario y Soft Law. El derecho comunitario, la legislación emanada de las instituciones de la Unión Europea, en particular por lo que se refiere al derecho privado en forma de Reglamentos y Directivas, es de obligada aplicación por los órganos judiciales españoles, los Reglamentos en tanto que son de aplicación directa y las Directivas en cuanto que deben ser utilizadas como elemento de interpretación del derecho nacional interno. El Soft Law europeo no es derecho vigente, sino derecho académico, aunque haya sido auspiciado por las instituciones europeas, cuya pretensión es favorecer la convergencia de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro en una tendencia hacia un nuevo derecho común europeo”. Cfr. VAQUER ALOY, A. “El ‘soft law’ europeo en la jurisprudencia española: doce casos” en *AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, n° 1, 2013, 93-115.

<sup>369</sup>Como muy bien resumen, DOMÍNGUEZ TRISTÁN “el movimiento unificador de los derechos privados de los países europeos, en concreto, de sus derechos contractuales, como es sabido, se inicia con anterioridad a la suscripción del Tratado de Roma de 1957. La respuesta al sentimiento de esta necesidad de armonización y de la posibilidad de superar la diversidad legislativa a través de los instrumentos unificadores se ha venido materializando en intentos o iniciativas que se remontan a los inicios del s. XIX (entre los que no cabe preterir el Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883, en materia de protección de nombres comerciales; las Reglas de York y Amberes sobre la avería común, aprobadas en 1887). Después de algunos intentos fallidos de armonización en la segunda mitad del s. XX, como la Conferencia de la Haya de 1964 sobre Compraventa Internacional de Bienes muebles y sobre formación de contratos de compraventa internacional (UNCITRAL o CNUDMI), es a partir de 1980 cuando, de la mano de otras expresiones del resurgimiento de la *lex mercatoria*, se concluyen con rapidez proyectos durante mucho tiempo anhelados. Lo dicho tiene particular relevancia en lo que respecta al Derecho de obligaciones y contratos, ya que tras la aprobación de la sectorial, pero muy importante, Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), se produce la formulación de los dos textos

permite a la jurisprudencia nacional, en este caso la española, actualizar sus criterios y adaptarse a un nuevo contexto jurídico en materia de contratos, familia o derecho de daños, entre otras disciplinas propias del Derecho civil.

En el ámbito del Derecho privado, pueden destacarse, sin ánimo de exhaustividad, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y el Marco Común de Referencia (DCFR). Con un ámbito de aplicación más allá del estrictamente europeo, cabe mencionar los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit. Por otra parte, en clave nacional, no puede desdeñarse la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil elaborada por la Comisión General de la Codificación de 2009.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) son la consecuencia de un proceso de estudio, preparación y redacción de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, integrada por representantes de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea y bajo la dirección de OLE LANDO. En los años 1995, 1999, y 2002 se publicaron,

---

de ámbito general en materia de contratos, así, los ya referidos Principios sobre los contratos comerciales internacionales (UNIDROIT), y los Principios de Derecho europeo de los contratos (Principios de la Comisión Lando). Mención especial merece el Anteproyecto de Código europeo de contratos (Libro I) de la Academia de Pavía o Proyecto Gandolfi, elaborado con el fin de acometer una codificación en materia de obligaciones y contratos, y que fue el resultado de los trabajos realizados a partir del Congreso de Pavía de 1990, en el que se debatieron las bases para la confección del Código europeo de contratos (...). A partir de la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeos de 12 de febrero de 2003, sobre un “Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción”, las instituciones comunitarias parecen abandonar la idea de redactar un Código europeo, decantándose por la elaboración de un conjunto de principios o reglas comunes sin efectos vinculantes, y que dio lugar, como sabemos, a la propuesta inicial o borrador académico de Marco Común de Referencia realizado por el “Study Group” (los llamados “Principles of European Law”). Dicha Comunicación tiene su precedente en otra, de 11 de julio de 2001 sobre “Derecho contractual europeo”, que contemplaba distintas vías de acción respecto al Derecho contractual europeo. Con la Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010, se da un nuevo impulso a los trabajos de armonización del Derecho privado en Europa, ya que en virtud de la misma se pretende crear un grupo de expertos que asesore a la Comisión en la preparación de un Proyecto sobre un Marco Común de Referencia (...). A esta falta de coherencia interna de la legislación comunitaria debe añadirse, además, el escaso efecto armonizador de la mayoría de las Directivas comunitarias”. Cfr. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La nulidad parcial en el Derecho Contractual Europeo: algunas observaciones sobre sus precedentes romanos” en *Revista General de Derecho Romano*, nº 26, 2016.

Sobre el proceso de construcción del Derecho Contractual Europeo, cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. “Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código europeo de los contratos” en *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, nº 15, 2000, pp. 109-128; ROBLES VELASCO, L.M. “El futuro Código europeo de los contratos, ¿una nueva recepción?” en *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, octubre, 2010, pp. 56-91. En la doctrina italiana, cfr. LUCHETTI, G. Y PETRUCCI, A. *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Pàtron, Bolonia, 2010, pp. 9-12.

respectivamente, las tres partes del trabajo realizado por la Comisión sobre Derecho de contratos en el ámbito europeo<sup>370</sup>.

La conexión entre los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y la nulidad parcial aparece recogida en el artículo 4:116, bajo la imprecisa y confusa rúbrica de “anulación parcial”. Así, en el citado precepto se señala que “si la causa de anulabilidad solo afecta a algunas cláusulas particulares del contrato, la anulación se limitará a dichas cláusulas, salvo que, atendidas las circunstancias del caso, resultara absurdo mantener vigente el resto del contrato”.

Son varias las observaciones que pueden realizarse a este respecto. En primer lugar, cabe ser bastante crítico con los términos jurídico-técnicos utilizados. Bien es cierto que el hecho de que los principios tengan un ámbito europeo implica el uso del inglés como lengua de trabajo comunitaria.

Esta circunstancia supone, en definitiva, que en algunos países deba someterse a un proceso de traducción. A veces resulta complejo encontrar términos que tengan un mismo significado en los diferentes Estados miembros. A la postre, ello implica que algunos conceptos pierdan su concreción, máxime cuando en las ciencias jurídicas el lenguaje empleado adolece, en la mayoría de las ocasiones, de un gran nivel de tecnicismo.

Cuando en el artículo 4:116 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) emplea la locución “anulación parcial” se está refiriendo, en realidad, al fenómeno de la nulidad parcial. Esta conclusión es fácilmente deducible por el contenido del precepto en cuestión, si bien los términos empleados pueden ocasionar cierto desconcierto inicial. Es, consecuentemente, el primer antecedente supranacional europeo sobre nulidad parcial contractual<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup>Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. Y MORALES MORENO, A. *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Los principios Lando” en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (coord. Esteve Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-182; MARTÍNEZ SANZ, F. “Principios de Derecho europeo de los contratos - Comisión Lando-” en *Derecho privado europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Constitución y Leyes COLEX, La Coruña, 2003, pp. 193-198.

<sup>371</sup>Cfr. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, op. cit., pp. 6-7.

Conforme a este artículo, la nulidad parcial del contrato permite la subsistencia del contrato si la causa de la “anulación” afecta sólo a alguna cláusula particular, salvo que atendiendo a las circunstancias del caso carezca de sentido que la relación contractual continúe vigente.

Se trata, por consiguiente, de la consagración de la nulidad parcial de los contratos tal y como se concibe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Con base en el principio de conservación del negocio jurídico y, más concretamente, en el *favor contractus*<sup>372</sup>, la validez de un contrato no se ve afectada por la nulidad de alguna de las cláusulas que la integran.

Si bien, hay que señalar que la aplicabilidad del artículo 4:116 se encuentra limitado por lo dispuesto en el artículo 4:110, en el que se establece que “(1) una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo”<sup>373</sup>.

Un aspecto controvertido que resulta conveniente advertir es que la mal denominada “anulación” no requiere la intervención de ningún operador jurídico externo –la participación de un juez o árbitro no resulta preceptiva–. La decisión corresponde pues a las partes mediante notificación.

Ello supone que las partes contratantes tienen un amplio margen de actuación para considerar, con base en lo dispuesto por los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), si la vigencia del resto del contrato ante la existencia de una cláusula particular

---

<sup>372</sup>Como señala, LAVARIEGA VILLANUEVA el *favor contractus* “contribuye en gran medida a facilitar un puente entre el civil law y el common law, al conciliar su distinta manera de concebir el Derecho, y deviene uno de los elementos centrales en la construcción de un renovado Derecho Común europeo”. Cfr. LAVARIEGA VILLANUEVA, P.A. “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 112, 2007, pp. 75.

<sup>373</sup>A este respecto, DOMÍNGUEZ TRISTÁN puntualiza que “hay que precisar con la doctrina que dicho precepto no será aplicable cuando una de las partes del contrato tiene derecho a anular una cláusula de carácter abusivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4:110, bajo el título “Cláusulas abusivas no negociadas individualmente”. Cfr. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, op. cit., p. 7.

nula puede resultar o no “absurda”, siguiendo los términos empleados en el artículo 4:116 de los citados principios. Como es natural, esta circunstancia puede llevar a situaciones de arbitrariedad o abuso<sup>374</sup>.

Por su parte, el Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo (DCFR) tiene como punto de partida el año 1989, tras la iniciativa parlamentaria europea para la ansiada, sempiterna y constantemente infructuosa aspiración de elaborar un Código Civil europeo<sup>375</sup>.

El proyecto del Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo (DCFR) ha sido publicado en dos versiones, en 2007 y 2009 respectivamente, como producto del trabajo de los grupos de expertos *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law* (conocido como el *Acquis Group*)<sup>376</sup>.

El Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) se encuentra integrado por un conjunto de definiciones, reglas y principios cuyo objeto es el de constituir las bases de un nuevo contexto jurídico comunitario en el ámbito del Derecho privado<sup>377</sup>. La intención final reside en que el valor eminentemente académico de este

---

<sup>374</sup>Cfr. GIMÉNEZ COSTA, A. “II.-1:108: Invalidez parcial o inefectividad” en *Derecho europeo de contratos. Libro II y IV del Marco Común de Referencia*, (coord. Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González), tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 110-116.

<sup>375</sup>Cfr. ALPA, G. “La armonización del derecho contractual y el proyecto de Código Civil europeo” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 11, 2003, pp. 25-30; MASIDE MIRANDA, J.E. “El futuro Código Civil Europeo de Contratos” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 684, 2004, pp. 1769-1830.

<sup>376</sup>“En la redacción del citado MCR están implicados varios grupos de investigación, integrados por juristas de distintos países, que cuentan con la financiación que ofrece la red de excelencia «CoPECL», que los agrupa a todos. Las materias de las que se ocupa cada uno de ellos son distintas aunque, en relación con la sistematización de (parte del) Derecho contractual, el *Study Group* y el *Acquis Group* coinciden parcialmente. Pero su metodología es diversa. Las líneas que siguen tratan de presentar muy brevemente el trabajo del *Acquis Group*, con motivo de la publicación de un libro con los primeros resultados: los Principios del Derecho contractual comunitario (Acquis Principles o ACQP). Los comentarios –necesariamente generales– que siguen a continuación son en buena parte tomados de los previamente realizados por los autores que participan en su redacción y, especialmente, del prefacio y las explicaciones introductorias”. Cfr. ARROYO I AMANUELAS, E. “Principios del Derecho contractual comunitario” en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Undroit sobre contratos comerciales: actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007* (coord. María Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Canellas, Dykinson, Madrid, 2009, p. 62.

<sup>377</sup>A este respecto, ARROYO I AMANUELAS indica que “es conocida la voluntad de la Comisión europea de conseguir un mayor grado de coherencia en el ámbito del Derecho de contratos. Entre las varias iniciativas que hoy coexisten, interesa destacar el impulso dado a la redacción de un Marco Común de Referencia (= MCR), cuyos objetivos son la definición precisa de los términos jurídicos, la enunciación de principios

instrumento normativo se desplace en favor de su conversión en fuente jurídica directamente aplicable<sup>378</sup>.

La vinculación entre el Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) y la nulidad parcial del contractual puede encontrarse en el artículo II.-1:108<sup>379</sup>. En este precepto, bajo la rúbrica “invalidez parcial o inefectividad”, se recoge que “cuando sólo una parte de un contrato o de cualquier otro acto jurídico resulte inválida o ineficaz, las demás disposiciones continuarán produciendo efectos en la medida en que sea razonable conservarlas sin la parte inválida o ineficaz”.

Nos encontramos pues ante un nuevo instrumento normativo de *soft law* que recoge, con bastante nitidez y carácter general, una regla sobre la nulidad parcial contractual. Existen, además, otros preceptos contemplados en el Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) que regulan, de forma específica, otros supuestos de nulidad parcial.

---

fundamentales y la formulación de reglas del Derecho de contratos inspiradas tanto en el *acquis communautaire* como en las regulaciones de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados Miembros. Según la Comisión, el MCR debe servir principalmente a la consecución de la mejora de la legislación comunitaria; sólo en un segundo momento cabrá plantear si, además, éste puede ser la base para elaborar un instrumento opcional. Es decir, un conjunto de reglas que las partes de un contrato podrán elegir para regular su relación jurídica”. Cfr. ARROYO I AMANUELAS, op. cit., pp. 62.

<sup>378</sup>Como señala SCHULTE-NÖLKE, “naturalmente, no hace falta explicar que el DCFR es sólo una declaración de lo que sus autores consideran que la ley es o debiera ser, y no pretende ser una fuente directa del Derecho sin otras referencias legales o jurisprudenciales y que será responsabilidad de los usuarios determinar, con la ayuda de otras referencias a fuentes legales, hasta qué punto la posición tomada en las reglas refleja realmente la ley vigente. La principal función del DCFR es lo que su nombre indica: Un intento de formular un marco común de referencia en amplias áreas del Derecho privado europeo. Está llamado a constituir propiedad común de abogados en Europa y más allá cuando traten de la ley, sea nacional o europea. El DCFR debería conocerse por todos los abogados en contacto con el Derecho en Europa. Carece de autoridad en sentido estricto como ley aplicable. Puede, sin embargo, convertirse en autoridad en el sentido de fuente de inspiración y marco de referencia en debates internacionales sobre la ley vigente o propuestas legislativas”. Cfr. SCHULTE-NÖLKE, H. “El borrador del marco común de referencia (draft common frame of reference, DCFR) un “restatement” europeo con reglas modelo para facilitar la interpretación de las normas y constituir una referencia legislativa, jurisprudencial y de formulación de contratos” en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia, DCFR* (coord. Carmen Jerez Delgado), Agencia Estatal BOE, 2015, p. 28.

<sup>379</sup>Para mayor abundamiento sobre una visión general y más de conjunto del Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración” en *Academia Vasca de Derecho. Boletín JADO*, nº 26, 2014, pp. 7-61; VAQUER ALOY, A. “El Marco Común de Referencia” en *Derecho Contractual Europeo* (coord. A. Vaquer Aloy), Olejnik, Buenos Aires, 2017, pp. 239-265.

El artículo II.-7:213 resulta de aplicación para aquellos casos en los que se presenta algún vicio del consentimiento (*vitiated consent or intention*). Por su parte, el artículo II.-9:408 prevé los efectos de la existencia de cláusulas abusivas en una relación contractual (*effects of unfair terms*).

En ambos preceptos, la consecuencia prevista es la nulidad parcial del contrato, es decir, se mantienen válidas y eficaces aquellas estipulaciones no viciadas ni abusivas. En este sentido, se aleja, en cierta medida, de regulación un tanto confusa de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)<sup>380</sup>.

Resulta llamativo que exista una regulación triplicada en el Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR). Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, se contemplan tres reglas aplicables a supuestos de nulidad parcial contractual. Una de ellas, el artículo II.-1:108, constituye la regla general, mientras que los artículos II.-7:213 y II.-9:408 contemplan supuestos más específicos.

La crítica doctrinal más reiterada sobre este punto es que se produce una repetición superflua. A priori, carece de sentido establecer dos previsiones específicas cuando existe una regla general, bastante clara y técnicamente bien formulada, que recoge las mismas consecuencias jurídicas ante un supuesto de nulidad parcial contractual. En todo caso, no parece que, en la práctica, conlleve otro tipo de implicaciones o efectos<sup>381</sup>.

Tal y como está redactado el artículo II.-1:108 del Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) la nulidad parcial de una relación contractual

---

<sup>380</sup>“Por esta razón valoramos positivamente que el DCFR se haya alejado en este punto de la regulación de los PECL y haya seguido la regulación de otro precedente, los principios Unidroit. Así el artículo 3:16 de los Principios Unidroit, utiliza exactamente los mismos términos que el precepto comentado del DCFR, en concreto, la idea de razonabilidad para enjuiciar la viabilidad o no de la nulidad parcial en un contrato en particular, aunque su formulación gramatical es negativa (...)”. Cfr. GIMÉNEZ COSTA, op. cit., pp 110.

<sup>381</sup>“La aparente diferencia que muestran la *black letter rules*, que en el caso del precepto comentado hablan de *invalidity or ineffectiveness*, mientras que en el Art. II.-7:213 utilizan el término *avoidance*, no tiene después consecuencias importantes, puesto que el DCFR no parece que haga clara distinción de las figuras ni de las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Quizá la diferencia sustancial se encuentre en las causas que motivan la aplicación de una u otra nulidad (...). Los comentarios oficiales al DCFR señalan las diferentes y variadas situaciones en que la anulación parcial del II.-1:108 puede resultar aplicable, como por ejemplo, en el caso en que una cláusula del contrato infrinja una regla imperativa o un principio general aplicable, o cuando no se haya cumplido con un requisito formal necesario para la validez del contrato... Por el contrario, parece que el ámbito de aplicación del Art. II.-7:213 se centra en los contratos viciados, y la del Art. II.-9:408 (2) en las condiciones abusivas”. Cfr. GIMÉNEZ COSTA, op. cit., pp 110.

depende, fundamentalmente, del conocido como “juicio de razonabilidad”. Ello se traduce en que debe procederse a valorar si parte nula resulta indispensable para la validez y eficacia del contrato.

Evidentemente, las circunstancias del caso en concreto constituyen un factor a tener muy en cuenta a efectos de materializar ese “juicio de razonabilidad”. Según la conjunción de contenidos de los preceptos analizados, debe valorarse la subsistencia del contrato aun existiendo una parte viciada o que adolece de nulidad, si existe voluntad de las partes de mantener el contrato a pesar de esta circunstancia y, finalmente, si no se produce un desequilibrio entre las partes o una situación abuso por uno de los sujetos intervinientes.

Al igual que sucedía con las previsiones recogidas en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), las partes tienen reconocida la potestad de emitir el “juicio de razonabilidad” y, por ende, en determinar mediante una notificación (art. II.-7:209, *notice of avoidance*) qué tipo de “anulación” aplican y si afecta, total o parcialmente, al contrato.

Ello supone, como ya se resaltó cuando se hizo el análisis de los Principios, un amplio margen de actuación<sup>382</sup> para los sujetos que intervienen con los riesgos, lagunas e indefiniciones que, de forma inherente, conlleva. Algo que, por otra parte, no ha estado exento de críticas<sup>383</sup> ante unas disfuncionalidades más que evidentes y presentes en

---

<sup>382</sup>“En definitiva, lo dispuesto en el reiterado precepto del DCFR, en la línea de la ya establecido por los Principios UNIDROIT y los de la Comisión Lando, supone, creemos, un claro homenaje al principio de *favor negotii*, ya conocido por los romanos, así como a la máxima *utile per inutile non vitiatur*, que aunque no fue recogida en el Derecho romano como regula iuris, sí existió como regla latente, concretándose su aplicación por la *iurisprudentia* en determinados supuestos. El origen de esta máxima lo podemos encontrar, como veremos, en diversos textos romanos, en particular, en D. 45, 1, 1, 5 donde Ulpiano para un caso particular de *stipulatio*, con las palabras *neque vitiatur utilis hanc per inutilem* parece esbozar, en cierto modo, una descripción general de la hoy llamada “nulidad parcial”. Cfr. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, op. cit., p. 8.

<sup>383</sup>“(…) Serán las partes las que enjuicien la razonabilidad de la posible aplicación de la nulidad parcial a un supuesto particular. Es más, aun siendo su aplicación a un contrato en cuestión, se entiende, a tenor de los preceptos que resultan aplicables, que serán también las partes o la parte legitimada para su invocación, la que decidirá si opta por usar la nulidad parcial o no. En relación con ello, no hace el DCFR mención alguna sobre la gravedad de la sanción, a la hora de regular los tipos de ineficacia, lo que cuadra con la idea de que sea cual fuera la gravedad de la causa de nulidad, es opción de las partes utilizar la nulidad parcial o total. En cualquier caso, si la cuestión acabara en los tribunales, la carga de la prueba de que no sería razonable mantener el resto del contrato, sin la parte anulada, recaerá en la parte que niegue la conveniencia de la anulación parcial. Es interesante aclarar que, desde un punto de vista práctico, y aun cuando en la mayoría de los casos se dé la situación inversa, no siempre la nulidad total es la sanción más grave ni la más eficaz en oposición a la nulidad parcial”. Cfr. GIMÉNEZ COSTA, op. cit., pp 110.

diferentes puntos del Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR)<sup>384</sup>.

Finalmente, cabe resaltar otra controversia que se genera en torno a la integración del contrato. El articulado del Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) no contempla solución alguna respecto del vacío que puede dejar la parte que adolece de nulidad. Consecuentemente, lo más razonable será aplicar las normas dispositivas propias para el caso concreto y, ante la posible ausencia de éstas, los principios generales destinados para este tipo de supuestos<sup>385</sup>.

Como ya se había indicado, los Principios Unidroit tienen, a diferencia de los instrumentos de *soft law* ya examinados, una vocación de aplicación superior al ámbito

---

<sup>384</sup>“(…) Se critica que se recurre demasiado a conceptos indeterminados, como la razonabilidad [concepto empleado, por ejemplo, en todo lo relativo a la nulidad parcial]: si bien ello es frecuente, también en los PECL, se argumenta que el CFR tiene la potencialidad de convertirse en un Código civil por lo que sería exigible un mayor grado de concreción (...). Otro grupo de críticos concierne el acento más liberal o más social de las normas contenidas en el DCFR. Si hasta la fecha las primeras opiniones criticaban el espíritu demasiado liberal y poco social del DCFR, ahora se señala que en algunos aspectos prevalece la solidaridad y la responsabilidad social sobre la autorresponsabilidad. (...) Esto nos conduce a otras críticas que alertan del poco calado social del DCFR. Ciertamente, la doctrina ha manifestado un interés creciente por el carácter social que debe adoptar el nuevo derecho privado europeo, e incluso se ha afirmado que, idealmente, las reglas modelo del DCFR deberían representar el modelo europeo para un comportamiento justo entre las partes, una elaboración más detallada del concepto economía social de mercado incluida en el Tratado de Lisboa (...). Otra serie de críticas se dirige a la pérdida de sistematicidad y de coherencia interna (...). Se trata de defectos bastante evidentes que se explican porque se trata de *drafts* elaborados por grupos diferentes y por la premura de tiempo con que se ha trabajado, y que una revisión pausada más a fondo seguramente solventará. En fin, se critica las definiciones de conceptos básicos por ser incompletas y el uso poco consistente de conceptos jurídicos (...). Y se apunta también un cierto cambio de estilo legislativo, que es seguramente fruto de la comparación con los PECL originarios o los Principios Unidroit. La redacción de los artículos del DCFR es en algunos casos ciertamente farragosa, con cierto aire reglamentarista, que contrasta con la formulación mucho más genérica y de *principios*, a base de reglas concisas y flexibles de los PECL (...) Una de las críticas que cabe ejercer sobre el DCFR es la simplificación conceptual. Hay conceptos jurídicos plenamente asentados en un buen número de ordenamientos jurídicos que se han perdido. Tal vez ello pueda explicarse, que no justificarse, por la necesidad de hallar un punto de encuentro entre las diversas tradiciones jurídicas europeas. Sin embargo, ni la explicación es suficiente cuando esta simplificación afecta la coherencia de las reglas introducidas en el texto presentado. Cfr. VAQUER ALOY, A. “El Marco Común de Referencia”, op. cit., pp. 253-261.

A este respecto, también cfr. EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. Y ZIMMERMAN, R. “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos” (traducción de Bruno Rodríguez-Rosado) en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fascículo IV, 2009, pp. 1461 y ss.

<sup>385</sup>“Tampoco ha regulado el DCFR, cómo se ha de colmar la laguna que deja la parte anulada. Creemos que la solución más acertada es y lógica será aplicar la norma dispositiva correspondiente, si bien somos conscientes que no siempre existirá tal norma, pues bien, en esos casos deberá realizarse una integración del contrato de acuerdo con los principios generales que resulten aplicables”. Cfr. GIMÉNEZ COSTA, op. cit., pp 110.

estrictamente europeo: la unificación de las normas de Derecho privado en un contexto globalizado<sup>386</sup>.

Su origen se remonta al año 1968, cuadragésima efeméride de la fundación de Unidroit. Durante ese año se gesta la idea de instaurar un nuevo orden normativo aplicable para los contratos comerciales internacionales. En 1994 se dio por finalizado, con la publicación de los Principios Unidroit, un largo proceso de recopilación y estudio por parte del grupo de expertos de diferentes sistemas jurídicos, conformado a tal efecto.

Existen, tras sendos procesos de revisión, cuatro versiones de los Principios Unidroit. Actualmente, los Principios Unidroit cuentan con las ediciones de los años 1994, 2004, 2010 y 2016. En la primera de ellas, la de 1994, se clarificaron algunas de las categorías clave para el Derecho contractual tales como acreedor (*obligor*) y deudor (*obligee*), así como todos los aspectos relativos a la formación, el cumplimiento e incumplimiento contractual.

Unos años más tarde, a razón del buen acogimiento de la primera versión y con el fin de ampliar su contenido, se publica una nueva edición. En 2004 los citados principios se amplían, cuantitativa y cualitativamente, a efectos de incorporar nuevos conceptos vinculados al Derecho de obligaciones y contratos tales como la transmisión de obligaciones (*transfer of obligations*), la cesión de contrato (*assignment of contracts*) o la prescripción (*limitation periods*), entre otros.

Las necesidades de actualización y adaptación a las nuevas realidades económico-jurídicas sirvieron como incentivo para la publicación de una nueva edición. En 2010 se añaden a los Principios Unidroit una serie de reglas y artículos que trascienden de una mera revisión de las normas de la versión anterior. Entre esas adiciones complementarias, destacan la restitución en caso de contratos nulos (*restitution in case of failed contracts*),

---

<sup>386</sup>Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P. “El derecho uniforme del Comercio Internacional: los principios Unidroit (ámbito de aplicación y principios generales)” en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 223, 1997, pp. 221-298; PEREÑA VICENTE, M. “Unificación del derecho contractual: convergencia de los principios UNIDROIT y de los principios del derecho europeo de los contratos” en *El derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI: memoria de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el periodo 2001-2007* (coord. Leonardo B. Pérez Gallardo), 2007, pp. 67-80.

ilegalidad (*illegality*), condiciones (*conditions*) y pluralidad de acreedores o deudores (*plurality of obligors and of obligees*).

La edición más actual data de 2016. El objeto de esta última modificación es la de adaptar los principios a las Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales (*Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) y, por extensión, a los contratos de larga duración (*long-term contracts*).

En la actualidad, los Principios Unidroit constan de 216 artículos. En el preámbulo se recoge, de forma general y bastante abstracta, que los principios “establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales” y “deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”.

Asimismo, se señala que “pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes y (...) cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato y (...)”<sup>387</sup>.

Finalmente, se indica que estos principios “pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, (...) para interpretar o complementar el derecho nacional y (...) pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”. Se observa, por lo tanto, esa inequívoca naturaleza como instrumento de *soft law*.

Al margen de su relevancia dogmática o valor académico, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales tienen una innegable aplicabilidad práctica,

---

<sup>387</sup>Sobre la utilidad, uso y ámbito de aplicación de los Principios Unidroit, la doctrina más especializada ha emitido, de forma reiterada, diferentes análisis. Cfr. CALVO CARAVACA, L.A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2 (Derecho de obligaciones), pp. 1539-1572; LETE ACHIRICA, J. “Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” en *Actualidad civil*, nº 1, 1996, pp. 127-136; MILÁN DEL BOSCH PORTOLÉS, I. Y UNCETA LABORDA, M. “Los principios Unidroit como *lex contractus*” en *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional* (coord. Luis Alfonso Calvo Caravaca y Santiago Areal Ludeña), Constitución y Leyes COLEX, Coruña, 2005, pp. 765-800.

tanto para el tráfico jurídico propiamente dicho como referencia y fundamento de las interpretaciones jurisprudenciales<sup>388</sup>. Hoy en día continúan presentes en la mayoría de las operaciones y acuerdos comerciales del ámbito internacional<sup>389</sup>.

Toda vez que se han examinado algunos de los aspectos más generales de los Principios Unidroit, cabe ahondar en el estudio sobre el vínculo de este instrumento de *soft law* y la nulidad parcial contractual. Como se puede comprobar, todas las normas de *soft law* analizadas hasta el momento, independientemente de su ámbito y génesis, contemplan alguna regla sobre esta categoría.

En el capítulo 3, relativo a la validez, el artículo 3.2.13 (*anulación parcial*) contempla que “si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato”.

Así pues, al igual que sucede con el Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR), los Principios Unidroit recurren también al “juicio de razonabilidad” a efectos de valorar la posible nulidad de una cláusula o varias cláusulas insertas en un determinado contrato.

Por el contrario, los Principios Unidroit comparten con los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) la gran autonomía que se da a los sujetos intervinientes. La mal llamada “anulación” se realiza mediante notificación, sin intervención de juez o árbitro y a libre consideración de las partes.

---

<sup>388</sup>Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P. “La aplicación jurisprudencial de los principios Unidroit” en *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (coord. José Manuel Serrano Cañas, Antonio Casado Navarro, Javier Pagador López y Luis María Miranda Serrano), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 807-824.

<sup>389</sup>Cfr. ABASCAL ZAMORA, J.M. “El uso de los principios Unidroit en la práctica” en *Derecho de los negocios*, nº 81, 1997, pp. 13-24; MARTÍN SANTISTEBAN, S. “La aplicación de los principios UNIDROIT y los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral” en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (coord. Leticia García Villaluenga, Jorge Luis Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro y Carmen Fernández Canales), vol. 2 (arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos), Reus, Madrid, 2010, pp. 59-80.

Estas circunstancias se pusieron de relieve en líneas anteriores, por tanto, carece de sentido volver a analizar esta cuestión a efectos de evitar caer en redundancias estériles. En cualquier caso, sí resulta conveniente señalar que lo más razonable sería la conjugación del “juicio de razonabilidad” y la intervención de un juez o árbitro para valorar una posible nulidad parcial del contrato<sup>390</sup>.

De esta forma se limitaría, en cierta medida, la excesiva libertad de los sujetos intervinientes y se potenciaría un control más riguroso de la potencial nulidad del contenido de contrato. En definitiva, debe evitarse cualquier posibilidad de desequilibrio entre las partes o el abuso por alguna de ellas<sup>391</sup>.

Como de forma reiterada se ha indicado a lo largo de la presenta tesis doctoral, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma general de Derecho privado que regule el concepto y las consecuencias de la nulidad parcial contractual, a diferencia de lo que sucede en países de nuestro entorno.

Sin embargo, en enero de 2009 y tras un largo proceso de formación, el Ministerio de Justicia hizo pública una propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, redactada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

En ella se contempla un nuevo marco jurídico para las obligaciones y contratos en nuestro país. Se trata, en definitiva, de un intento de actualización, formal y material, de un Código que sigue vigente desde finales del siglo XIX y que necesita, sin ambages, una adaptación al nuevo contexto jurídico, económico y social<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup>En caso de hubiese una verdadera voluntad de unificar el derecho contractual europeo, teniendo en cuenta los diferentes instrumentos de soft law presentes actualmente en el ámbito jurídico comunitario e internacional. A este respecto, cfr. PEREÑA VICENTE, M. “Unificación del derecho contractual: convergencia de los principios Unidroit y de los principios del derecho europeo de contratos” en *El derecho de contratos*, op. cit., pp. 67-80.

<sup>391</sup>En la doctrina italiana, cfr. CORAPI, D. “L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit” en *Europa diritto privato*, nº 1, 2002, pp. 23-40; TIMOTEO, M. “Desequilibrios contractuales y adecuación del contrato en los principios Unidroit” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 229, 1998, pp. 1269-1284.

<sup>392</sup>“La Propuesta no responde a ningún mandato político expreso, ni siquiera tácito, siendo una iniciativa exclusiva de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, que, por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 tiene encomendada la revisión del Código Civil. Nadie puede poner en duda la necesidad de una reforma profunda de la parte general del Derecho de obligaciones y contratos, regulada

Los cambios más sustanciales que la propuesta de Código Civil en materia de obligaciones y contratos pretende implementar suponen un cambio de paradigma, un nuevo rumbo en las relaciones jurídicas de Derecho privado que se fundamenta, sin entrar en un análisis detallado y parcelado de cada una de las nuevas reglas, en una evidente “mercantilización”<sup>393</sup>.

Entre otras modificaciones, la propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos contempla la introducción en el capítulo IX, bajo el título “De la nulidad y anulación de los contratos”, de una norma que regularía expresamente, en caso de que el proyecto se materializara, la categoría de la nulidad parcial contractual.

El artículo 1.309 de la propuesta recoge que “la nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo del contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe. No obstante, subsistirá el contrato sin aquella estipulación cuando sea ésta la consecuencia que se derive de la ley imperativa infringida”.

---

en el Libro IV. Sólo la falta de un respaldo político puede explicar el escaso interés que hasta ahora ha despertado el texto en la sociedad jurídica española. (...) En estos momentos, la Propuesta es un texto más muerto que vivo, con muy pocas posibilidades de convertirse en un texto legal, pero, como se dice en la nota editorial del BMJ, “puede ser asumido por el Ministerio de Justicia como texto preliminar de una nueva regulación del Código civil en la materia propuesta, sin duda necesaria (...). A pesar del escaso apoyo político de la Propuesta, su contenido ofrece sin duda un interés especial, por cuanto responde a una perspectiva nueva de lo que debería ser el Derecho de obligaciones y contratos, que ni siquiera estaba trazada cuando se empezó a redactar el texto en 1994”. Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann; coord. María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15-16.

<sup>393</sup>Como muy bien resumen ALBIEZ DOHRMANN, “con la Propuesta se produce un giro importante. Sin decirlo expresamente en un lugar, es un texto que está construido sobre la base de reglas que son más propias de relaciones empresariales pero donde tiene también cabida el Derecho contractual de consumidores. A las relaciones entre particulares se les van a aplicar las mismas reglas que las que rigen para los empresarios. Es un enfoque totalmente nuevo que rompe con el Código civil vigente. Con la propuesta, se pretende que el Libro IV vuelva a ser, como lo fue en el siglo XIX, el centro de la regulación de las obligaciones y de los contratos (...). La Propuesta significa la mercantilización del Derecho de obligaciones y contratos pero al mismo tiempo establece reglas para las consumidores. En ocasiones es inevitable la contaminación recíproca de y unas otras reglas, bien porque se quiere flexibilizar las reglas “consumeristas” o bien porque se quiere proteger a quien no tiene el mismo poder en el contrato. En este nuevo enfoque, las relaciones obligatorias o contractuales entre particulares quedan relegadas a un segundo plano, y la aplicación de las normas, pensadas para relaciones comerciales, no siempre responden a los intereses de los particulares. Quizá sea inevitable que el futuro Libro IV del Código civil no vaya a ser más el código de todos los ciudadanos, sino el código de los empresarios y de los consumidores. Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta” en op. cit., pp. 19-20.

Como se puede observar, la nulidad parcial contemplada en este precepto se fundamenta en la frustración de la causa conforme a los criterios de la buena fe<sup>394</sup> o en la infracción de una norma imperativa<sup>395</sup>, acogido también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español<sup>396</sup>.

Es evidente que la formulación de esta regla en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos responde a los clásicos postulados sobre la nulidad parcial contractual. Así, con mayor o menor similitud terminológica o formal, se asemeja a la mayoría de los preceptos reguladores de este fenómeno y a las conclusiones de las principales corrientes doctrinales. El contrato pervivirá siempre y cuando la cláusula que adolezca de nulidad impida, por frustración de la causa o por aplicación de una norma imperativa, la validez y eficacia del resto de estipulaciones.

---

<sup>394</sup>Como muy bien señala BLANDINO GARRIDO a este respecto, “la PMCC adopta el criterio jurisprudencial contenido en sentencias como la de 12.11.1987 (RJ 8375), en la que el Tribunal Supremo precisó que la declaración de nulidad parcial de los contratos no es viable jurídicamente ‘más que en los casos autorizados expresamente por la ley o en los que el defecto generante de la nulidad recaiga sobre un elemento accesorio que no alcance la médula de la causa contractual. En la misma línea, puede citarse la STS de 16.5.2000, que versa sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la nulidad del pacto comisorio”. Cfr. BLANDINO GARRIDO, A. “El mantenimiento del contrato desprovisto de las condiciones generales abusivas: la invalidez o ineficacia parcial” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, op. cit., p. 269.

<sup>395</sup>“Fuera del supuesto en que sea la propia Ley la que resuelva directamente si debe sobrevivir el contrato mutilado o si debe ser nulo totalmente, la cuestión de la extensión que deba darse a la nulidad de una cláusula, esto es, si debe caer todo el contrato o restringirse a la parte directamente afectada, se concibe como un problema de interpretación. Cfr. BLANDINO GARRIDO, A. “El mantenimiento del contrato desprovisto de las condiciones generales abusivas: la invalidez o ineficacia parcial” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, op. cit., p. 270.

En este sentido, también cfr. FLUME, W. *Das Rechtsgeschäft* (traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 676; SIMLER, P. *La nullité partielle des actes juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1969, pp. 29-33.

<sup>396</sup>“Este es el criterio que adopta nuestro Tribunal Supremo, el cual tiene declarado que: ‘A falta de una norma general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta (...) que encierre la norma especial aplicable a la institución particular objeto del debate, y en defecto de ella, deberá acudir a la hermenéutica negocial (...), teniendo presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe’ [sentencia de 10 de octubre de 1977 (R. 3895), que versa sobre un testamento, pero cuya doctrina se refiere, en general al negocio jurídico]. En sentido similar, SsTS 7.7.1998 (RJ 2755), 24 de noviembre 1983 (R. 6499) ó 4 de diciembre 1986 (R. 7219). Cfr. BLANDINO GARRIDO, A. “El mantenimiento del contrato desprovisto de las condiciones generales abusivas: la invalidez o ineficacia parcial” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, op. cit., p. 270.

Sí resulta, en cambio, llamativo que esta propuesta de modificación del Código Civil establezca una distinción entre nulidad y anulación parcial, tal y como se regula en el segundo párrafo del artículo 1.309 (“si la anulación afectase solamente a alguna estipulación o a alguno de los contratantes se aplicarán los criterios establecidos en el párrafo anterior”).

El resto de los instrumentos de *soft law* analizados también utilizan el término “anulación” en sus versiones traducidas. Sin embargo, la terminología es enormemente confusa, fenómeno habitual en el tratamiento legal y jurisprudencial de todo lo relativo a la validez y eficacia contractual.

A mi modo de ver, cuando en instrumentos de *soft law* tales como los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) o el Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR), se emplea el vocablo “anulación” se está haciendo referencia en realidad a la categoría de nulidad.

En efecto, la distinción que se introduce en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos es correcta, por lo menos desde un punto de vista formal. De tal forma que existe una clara diferencia entre la nulidad y la anulación que, en este caso, se refiere con claridad al régimen de la anulabilidad.

Bien es cierto que, para evitar opacidades léxicas e interpretaciones erróneas, podría utilizarse directamente el término anulabilidad. Sería una forma muchísimo más precisa de formular estas dos categorías, no siempre adecuadamente diferenciadas, relativas a la validez y eficacia contractual<sup>397</sup>.

---

<sup>397</sup>La propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos contempla también, y al margen de la regla general del artículo 1.309, una norma específica para la nulidad de las condiciones generales. El artículo 1.263 señala que “la declaración judicial de no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales y la de la nulidad de las mismas por su carácter abusivo, no determinarán la ineficacia total del contrato (...)” y “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para una de las partes, podrá declararse la ineficacia total del contrato”. Como puede observarse, su formulación se inspira de forma inequívoca en el artículo II.-9:408 del Marco Común de Referencia de Derecho Contractual Europeo (DCFR) y en la Directiva 93/13/CEE. A este respecto y con muy buen criterio técnico, algún autor remarca que “ambos textos guardan, sin embargo, silencio respecto de los criterios que deben utilizarse para delimitar la posibilidad de subsistencia del contrato una vez eliminada la parte de la reglamentación negocial considerada abusiva (...). La nulidad parcial de los contratos con cláusulas abusivas supone su ‘extirpación’ o ‘supresión’ de la reglamentación contractual, que pervive en lo restante por reunir los requisitos para ello. La nulidad afecta sólo a la cláusula, dando lugar a un supuesto de nulidad parcial del contrato y de nulidad total de las cláusulas afectadas. Como era

Finalmente, cabe hacer una breve mención a otros dos instrumentos de *soft law* que no se encuentran especialmente conectados con la categoría de la nulidad parcial contractual y cuyo impacto en la órbita jurídica ha sido muchísimo más tímido que los estudiados previamente: el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía<sup>398</sup>, con importante influencia de diferentes y reconocidos autores españoles, y los Principios *Acquis*<sup>399</sup>.

---

previsible el ‘dilema’ entre nulidad total y nulidad parcial de los contratos de adhesión que impongan cláusulas abusivas no se confía en la PMCC a la voluntad, presunta o expresa, de las partes. La decisión es lógica, en la medida en la que el contenido de estos contratos no ha sido fruto del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, sino únicamente de una de ellas. Tampoco se concede relevancia alguna (...) a la voluntad (unilateral) del adherente, de tal manera que la nulidad de las algunas cláusulas no le otorga opción o derecho para desligarse del contrato. La nulidad opera en virtud del mandato legal del art. 1263.1 de la PMCC, con independencia de la voluntad de las partes. No es preciso indagar, pues, el valor que las partes dieron a la cláusula suprimida en orden a la conclusión del contrato. La voluntad de las partes no se tiene en cuenta, de tal manera que, aun cuando se sepa con certeza que una de las partes (de ordinario, el predisponente) no habría querido celebrar el contrato en caso de nulidad de una o varias de las cláusulas integrantes de éste, se mantiene la eficacia del contrato. En definitiva, el predisponente de la cláusula abusiva declarada nula quedará vinculado al contrato incluso en contra de su declaración de voluntad. Cfr. BLANDINO GARRIDO, A. “El mantenimiento del contrato desprovisto de las condiciones generales abusivas: la invalidez o ineficacia parcial” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, op. cit., p. 270-274.

En este sentido, para una visión general e internacional sobre el tema, cfr. RIZZO, V. *Le ‘clausole abusive’ nell’esperienza tedesca, francese, italiana en ella prospettiva comunitaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994,

<sup>398</sup>“(…) Recordemos que en el otoño de 1990, se reunieron en la Universidad de Pavía varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos sede en Pavía, quedó formalmente constituido en 1992. La Academia está formada por más de un centenar juristas de los diferentes países de la Unión Europea y de Suiza, muchos de ellos son de gran prestigio, como los fallecidos F. Wieacker, A. Trabucchi o A. Tunc, o como los españoles J. L. de los Mozos, G. García Cantero y A. Luna Serrano. Tras resolver algunos aspectos preliminares, la Academia se ocupó de complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes, y a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva ha estado a cargo de G. Gandolfi, en su condición de coordinador de los trabajos, y por eso esta propuesta suele denominarse también «Anteproyecto Gandolfi». El Libro I, relativo a la doctrina general del contrato y las obligaciones contractuales, se ha publicado en francés con el título de *Code européen des contrats*, cuya última edición es de 2004. Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C. “El Derecho de europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo IV, pp. 1845-1846.

<sup>399</sup>“Desde su creación en el año 2002, la finalidad del Grupo *Acquis* es la sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario. Los ACQP proporcionan el «genuino» Derecho europeo en el que aquél debe basarse, lo que, en opinión de alguno de los miembros del grupo *Acquis*, debe interpretarse en el sentido de que, en las materias por él reguladas, deben primar las reglas del *Acquis* sobre las formuladas por el *Study Group* en base al Derecho comparado y los PECL 4. Por otro lado, los Principios tienen la vocación de facilitar la transposición del Derecho comunitario en los Derechos nacionales y de servir de apoyo a la futura legislación comunitaria, así como a ayudar su interpretación (art. 1:101 ACQP). Esto es importante en el contexto actual de la revisión del *acquis* en el ámbito del Derecho de consumo”. Cfr. ARROYO I AMANUELAS, E. “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, op. cit., p. 212.

El Anteproyecto del Código europeo de contratos consta, en su Libro I, de un total de 11 títulos y 173 artículos cuyo contenido trata lo que en Derecho Civil se conoce como obligaciones y contratos<sup>400</sup>. Se trata de una sistemática ordenada, que trata de establecer una visión unitaria de esta materia<sup>401</sup>.

La nulidad parcial del contrato también aparece recogida en el Anteproyecto, conforme a la evolución de la tradición jurídica romanista sobre validez y eficacia contractual<sup>402</sup>. Así,

---

<sup>400</sup>Como recoge VATTIER FUENZALIDA, “El texto articulado, que se ha publicado también en castellano, consta de 173 artículos, algunos muy extensos, que se agrupan en once Títulos, los cuales se ordenan en forma relativamente novedosa para conseguir una estructura unitaria en la que coexisten, en acertada simbiosis, materias que pertenecen, entre nosotros, al ámbito del contrato y al ámbito de las obligaciones. Así, los cinco primeros Títulos comprenden las habituales reglas sobre la definición de contrato, régimen aplicable y capacidad de las partes, la formación del consentimiento mediante los tratos preliminares y la conclusión por medio de la oferta y la aceptación, el contenido, la forma y la interpretación. Pero el Título VI contempla, junto a las fuentes de integración del reglamento contractual, los efectos del contrato, así como los tradicionales elementos accidentales de la condición, el término y el modo o carga, además de la representación, con la novedad de los contratos con persona a designar y los contratos a favor de tercero. Además, los dos Títulos siguientes –los Títulos VII y VIII– versan sobre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones. (...) El Título X se ocupa de la extinción del contrato y consagra los modos extintivos distintos del incumplimiento, es decir, la novación, la condonación, la compensación y la confusión, junto a la prescripción y la caducidad. El Título XI, el último del Libro I, se desdobra, por un lado, en las anomalías del contrato, entre las que destaca la opinable categoría de la inexistencia, y por otro, los remedios, que comprenden la rescisión por lesión, la resolución judicial, la responsabilidad contractual, cuya disciplina abarca los requisitos, el daño reparable y las modalidades de la reparación, así como la cláusula penal, las acciones inhibitoria y conminatoria y, por último, el arbitraje”. Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C. “El Derecho de europeo de contratos”, op. cit., pp. 1848-1849.

<sup>401</sup>Para una visión panorámica del Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía, cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 2002, pp. 1768-1776”; GARCÍA CANTERO, G. “El Anteproyecto de Código europeo de contratos -Proyecto Gandolfi o del Grupo Pavía-“ en *Derecho privado europeo*, op. cit., pp. 205-216.

<sup>402</sup>“ En nuestra tradición jurídica romanista, a pesar de que algunos códigos no hayan acertado al regularla, como ya anteriormente hemos advertido, la sanción de nulidad se funda en la contrariedad del contrato respecto del ordenamiento jurídico, bien por ser contrario a normas imperativas, bien por carecer de los requisitos esenciales para su validez, o bien por que así lo disponga la ley, como viene a decir, en la lograda madurez legislativa de esa tradición, el art. 1418 del *Codice civile*, agrupando sencillamente, en tal precepto, todos los supuestos posibles que la doctrina había venido elaborando para superar el inicial casuismo del antiguo Derecho. (...) El efecto de la nulidad es que el contrato, como consecuencia de su invalidez, no produce efecto en cuanto tal, de acuerdo con la vieja máxima: *quod nullum est, nullum producit effectum*, y, por tanto, cual-quiera que tenga interés en la declaración de nulidad puede hacerla valer, no estando sujeta la acción a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición, por lo mismo que el contrato nulo no puede ser convalidado, salvo que la ley disponga otra cosa (arts. 1420, 1421 1422 y 1423 del *Codice civile*)”. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Anomalías del contrato y sus remedios: inexistencia, nulidad y anulabilidad en el anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía” en *REGAP: Revista galega de administración pública*, nº 35, 2003, pp. 37-55.

en el artículo 144 de este instrumento normativo-académico se recogen diferentes reglas aplicables a la nulidad parcial contractual<sup>403</sup>.

El citado artículo del Anteproyecto del Código europeo de contratos preceptúa, en una formulación bastante prolija, que “si la nulidad alcanza a una cláusula o a una parte del contrato, éste permanece válido en la parte restante, siempre que esta última posea por sí misma consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por las partes”.

Como se puede observar, la redacción se encuentra en consonancia, con mínimas diferencias, con todos los artículos estudiados sobre la nulidad parcial contractual. Tres son los factores que, según el Anteproyecto, deben tenerse en cuenta a efectos de propugnar la nulidad de un contrato: consistencia, validez autónoma y realización razonable del fin perseguido.

Los criterios sobre los que se fundamenta la nulidad parcial se basan, en definitiva, en que la parte a priori válida conserve su vigencia sin adulterar la finalidad convenida por los sujetos intervinientes. A continuación, el artículo 144 contempla diferentes previsiones conforme a varias condicionantes fácticos.

En términos muy similares a los recogidos en el artículo 1.420 del *Codice Civile* italiano<sup>404</sup>, se establece que “en los contratos complejos o con más de dos partes, si la nulidad alcanza a un solo contrato o a una sola de las partes implicadas, el principio contenido en el párrafo anterior es aplicable si, el contrato nulo, o, respectivamente, la

---

<sup>403</sup>La nulidad parcial viene admitida en la tradición romanista, aunque falte un precepto en algunos Códigos que, con carácter general, la reconozca y defina, pero conteniendo, sin embargo, numerosas reglas particulares que la admiten, lo que traduce el aforismo, de origen romano, *utile per inutile non vitiatur*. Los modelos del anteproyecto, tampoco dejan lugar a dudas, en este punto, habida cuenta el art. 1419 del *Codice civile*. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Anomalías del contrato y sus remedios”, op. cit., p. 48-49. En la doctrina italiana, cfr. GANDOLFI, G. “Nulità parziale e dimensione ontologica del contratto” en *Studi di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 217 y ss.

<sup>404</sup>El artículo 1.420 del *Codice civile* italiano indica que “nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”.

vinculación de una sola de las partes, no revisten un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto”<sup>405</sup>.

En el tercer párrafo del artículo 144 del Anteproyecto se indica que “la regla contenida en el párrafo primero del presente artículo, no se aplica si, del acto o de sus circunstancias, resulta una voluntad diferente de las partes”<sup>406</sup>. Consecuentemente, hace prevalecer la voluntad real, debidamente conocida, frente a una mera voluntad hipotética de las partes basada en criterios meramente interpretativos<sup>407</sup>. Como es evidente, la problemática gira en torno a los medios para constatar cuál es la intención de las partes.

En el apartado quinto del citado precepto se señala que “la nulidad parcial no se produce si la cláusula o parte nula viene sustituida por una cláusula o una parte diferente, por efecto de una norma imperativa o en virtud de la regla de conversión contenida en el artículo 145”.

---

<sup>405</sup>En la jurisprudencia italiana sobre el artículo 1.420 del Codice civile pueden encontrarse diferentes razonamientos en relación con el alcance de su contenido. Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 7872 del 27 settembre 1994 (“Nel contratto plurilaterale doveva ritenersi valida ed efficace la clausola con la quale una delle parti presta adesione preventiva alle modifiche che le altre intendessero introdurre nel contesto del contratto, anche se relative non al contenuto tipico di quest'ultimo, ma a distinte pattuizioni accessorie [nella specie, l'accordo compromissorio], rientrando tale facoltà nel potere di disposizione dei propri diritti, con la conseguenza che le modifiche preventivamente consentite vincolano, una volta apportate, anche l'aderente, dovendosi da questi considerare accettate”); Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 1180 del 25 febbraio 1986 (“Con riguardo al contratto di compravendita con pluralità di venditori, in qualità di comproprietari del bene oggetto di trasferimento, la nullità del rapporto, attinente ad uno soltanto di detti venditori [nella specie, per minore età], configura nullità parziale regolata dall'art. 1419 c.c. (e pertanto, si estende all'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità), mentre esula dalla disciplina dell'art. 1420 c.c., in tema di nullità del contratto plurilaterale, che si riferisce alla diversa ipotesi in cui vi siano prestazioni di più soggetti dirette ad uno scopo comune, e non due prestazioni legate da vincolo di sinallagmaticità”); Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 3572 del 12 dicembre 1972 (“Ciò che caratterizza contratti plurilaterali non è il numero dei contraenti, superiore a due, ma il fatto che le prestazioni di ciascuno di essi sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, per cui essi si distinguono dai contratti di scambio, nei quali la prestazione di una parte è compiuta esclusivamente nell'interesse dell'altra”).

<sup>406</sup>“Lo que plantea un problema simple de mera constatación de esa voluntad, más que de interpretación, pues como recuerda el rapport Gandolfi, la solución no se prevale, en la artificial voluntad hipotética de las partes, como figura sobre todo en el BGB y en el Codice civile, sino en el juego de esa voluntad como expresión de la autonomía privada, tanto aquí, como en materia de conversión”. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Anomalías del contrato y sus remedios”, op. cit., p. 49.

<sup>407</sup>Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C. “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. Francisco de Paula Blasco Gascó), vol. 2, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2719-2736.

La primera parte de esta norma está inspirada en lo dispuesto por el artículo 1.419 del *Codice civile* italiano<sup>408</sup>, artículo donde se consagra la nulidad parcial contractual.

---

<sup>408</sup>El artículo 1.419 del *Codice civile* italiano dispone que “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

En relación con este artículo, la jurisprudencia italiana ha introducido algún matiz interesante. Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 3351 del 9 ottobre 1976 (La nullità del contratto como consecuencia della nullità di parte di esso o di sue singole clausole non può essere dichiarata dal giudice se la parte non alleggi e dimostri che la volontà negoziale è stata condizionata, cioè influenzata in maniera determinante, dalla singola pattuizione nulla, trattandosi di nullità che non inerisce alla struttura oggettiva del contratto, bensì deriva da un particolare atteggiamento della volontà negoziale nel rapporto fra una parte di essa e il tutto); Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 1194 del 28 marzo 1977 (“Il capoverso dell'art. 1419 c.c., riguardante la nullità parziale del contratto, si applica quando una clausola contrattuale sia nulla, venendo essa in tal caso sostituita di diritto da norme imperative, ma non quando l'intero contratto sia nullo per non essere determinato l'oggetto [nella specie, il canone di una locazione urbana], se la legge non sopperisca al difetto della volontà privata”); Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 2176 del 27 maggio 1977 (“Nell'ipotesi di nullità parziale di un contratto la rilevabilità d'ufficio della nullità di una parte o di una clausola del contratto non consente al giudice di pronunciare la nullità dell'intero negozio, in mancanza della dimostrazione dell'esistenza di un rapporto di necessaria inscindibilità tra la clausola nulla e il restante contenuto negoziale e, per il principio dispositivo che regola la materia negoziale e il processo civile, il giudice non può procedere d'ufficio a tale indagine, qualora essa richieda accertamenti di fatto sulla reale volontà delle parti contraenti”); Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 2411 del 19 aprile 1982 (“In caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola, e il patto nullo si riferiscono ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto di interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo”); Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 1306 del 3 febbraio 1995 (“L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 c.c., ha carattere eccezionale perché deroga al principio generale della conservazione del contratto e può essere dichiarata dal giudice solo in presenza di una eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto; tale interesse deve essere negato per la parte che pretende di estendere la nullità di una clausola per sé sfavorevole anche a tutto il contratto se questo contenga solo altre clausole favorevoli o che non siano chiaramente legate alla clausola nulla, perché la nullità di una clausola sfavorevole per una parte, fino a quando non sia estesa alle clausole favorevoli, può arrecare alla parte medesima solo un vantaggio (...)”); Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 7822 del 21 agosto 1997 (“Ai fini dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano o dispongano — altresì espressamente la sostituzione. Infatti, la locuzione codicistica (...) va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina”); Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 10690 del 20 maggio 2005 (“L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 c.c. - applicabile ex art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali- ha carattere eccezionale, perché deroga al principio generale della conservazione del contratto, e può essere dichiarata dal giudice solo se risulti che il negozio non sarebbe stato concluso senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità, e cioè solo se il contenuto dispositivo del negozio, privo della parte nulla, risulti inidoneo a realizzare le finalità cui la sua conclusione era preordinata (nell'affermare il suindicato principio la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito che, in presenza di un atto di accollo di mutuo fondiario garantito da ipoteca concesso sull'immobile compravenduto e del successivo pignoramento del medesimo con notificazione di tutti gli atti della procedura esecutiva avvenuta presso il domicilio dagli accollanti «in via suppletiva» eletto nell'atto notificato ex art. 20 t.u. della legge sul credito fondiario approvato con r.d. n. 646 del 1905 alla Banca mutuante, aveva rigettato l'eccezione di nullità delle suddette notificazioni per essere state esse effettuate presso un domicilio la cui elezione era inscindibilmente connessa con quella operata «in via

Contiene, a su vez, lo que algunos autores denominan “conversión legal”<sup>409</sup> que no deja de ser, en definitiva, la mera aplicación de las normas imperativas de la nulidad parcial.

Puede afirmarse, sin caer en la exageración, que el Anteproyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavía constituye el instrumento normativo que, más profusamente, regula la nulidad parcial contractual. Aunque es evidente que, debido a su configuración jurídica de *soft law*, su operatividad se encuentra más limitada. En todo caso, la formulación del artículo 144 del Anteproyecto de Código europeo de contratos puede constituir un buen punto de partida para incorporar al ordenamiento jurídico español una regla general sobre la nulidad parcial contractual.

El artículo 1.419 del *Codice Civile* italiano, por su parte, es la norma positiva que, en principio, puede constituir la mejor referencia a efectos de incorporar en el Código Civil español una regla en términos similares<sup>410</sup>. La incorporación de un artículo de esta naturaleza implica una sustancial mejora de la seguridad jurídica y, por ende, de las relaciones, actos y negocios en la órbita contractual privatista.

---

principale» quest'ultima, peraltro, nel caso in violazione dell'art. 20 del citato t.u. in quanto relativa a Comune (Roma) non ricompreso nel circondario del tribunale (Civitavecchia) in cui era situato l'immobile ipotecato. La S.C. ha ritenuto infondato l'assunto dei ricorrenti secondo cui tale clausola, nella loro intenzione, presupponesse la validità della prima indicazione di domicilio, ponendo in rilievo come la domiciliazione in via suppletiva rispondesse ad un loro preciso interesse -giacchè in mancanza l'Istituto sarebbe stato libero di procedere esecutivamente nei confronti del debitore originario, lasciandoli completamente all'oscuro degli sviluppi della procedura-, escludendo che la nullità dell'indicazione di domicilio effettuata 'in via principale' riverberasse i suoi effetti anche sulla domiciliazione effettuata 'in via suppletiva'; Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 11673 del 21 maggio 2007 (“In materia di contratti, agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata”); Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 6364 del 21 marzo 2011 (“Ai fini dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano e dispongano, altresì, espressamente la sostituzione. Infatti, la locuzione codicistica 'sono sostituite di diritto' va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina”), entre otras.

<sup>409</sup>“(…) p.ej., las partes han convenido una duración del arrendamiento inferior al establecido por la norma imperativa, pero se impone este último. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Anomalías del contrato y sus remedios”, op. cit., p. 49.

<sup>410</sup>CASELLA, M. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 16 y ss.; RABITTI, M. “Art. 1419-Nullità parziale” en *Comentario del Codice Civile* (dir. Enrico Gabrielli), UTET Giuridica, Milán, 2012, pp. 589-602; TAMPONI, M. “Contributto all'egesi dell'art. 1419 c.c.” en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 105 y ss.

Puede discutirse, como no podía ser de otra manera, el sentido que se le quiere dar a la nulidad parcial contractual. Así, entre otros, el modelo italiano hace prevalecer, en términos generales, la nulidad parcial frente a la nulidad total. En cambio, en el Derecho Civil alemán la regla se formula de forma inversa: la nulidad parcial se aplica de forma subsidiaria, tal y como se puso de manifiesto en su momento.

Sin embargo, no parece dificultoso alcanzar un consenso sobre la idea de que la incorporación de un precepto que regule esta categoría que, en la práctica, resulta más que frecuente y, ciertamente, bastante problemática. Evidentemente, las formas de materializar normativamente un artículo sobre nulidad parcial son múltiples y variadas.

Si bien, cabe señalar que lo más práctico y técnicamente adecuado sería incorporar al Código Civil, como principal cuerpo normativo de Derecho privado, un precepto general de redacción sencilla. Respecto del contenido, creo que queda bastante patente en el presente estudio que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en una inmensa mayoría, se muestran más que favorables a la nulidad parcial como una solución prioritaria respecto de cualquier otra.

Consecuentemente, la regla de Derecho español sobre nulidad parcial debería recoger la vigencia del contrato a pesar de la existencia de una o varias cláusulas de su contenido que adolezcan de nulidad. Para declarar la nulidad parcial de un contrato deberían tenerse muy presentes, conforme a las principales teorías a este respecto, tres factores muy importantes: la intención de las partes, la naturaleza del contrato y la esencialidad de las estipulaciones nulas.

La regla podría determinar que un contrato es parcialmente nulo si las partes viciadas no alteran la voluntad real de los sujetos intervinientes, si no se produce la desnaturalización de la relación contractual en cuestión y si las disposiciones no recaen sobre aspectos esenciales del contrato.

Todo ello podría resumirse en la idea de que, si la validez y vigencia del contrato en su conjunto no se ve comprometida por las estipulaciones viciadas, la nulidad quedará circunscrita a ellas. Bien es cierto que resulta bastante complejo contemplar en un solo precepto diferentes supuestos que en la práctica jurídica pueden darse.

Es preferible apostar por una regla general y abstracta al estilo de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>411</sup>. Ello no es obstáculo para que, en leyes especiales y complementarias, se contemplen previsiones específicas para otros supuestos más concretos de nulidad parcial.

De tal forma y manera, que la configuración de la nulidad parcial como categoría podría quedar dividida en dos niveles. En primer lugar, con la inclusión en el Código Civil de la consabida regla general sobre la nulidad parcial. Sistemáticamente, su inserción natural y técnicamente adecuada sería en el Libro IV, Título II, Capítulo VI, salvo que el legislador optase por una modificación más profunda del Código.

Es evidente que la nulidad parcial contractual guarda una indisoluble relación y tiene un gran impacto en el Derecho del Consumo. Por tanto, pueden encontrarse también otras reglas, más específicas y vigentes, en otros instrumentos normativos de ámbito más sectorial, tal y como se concluyó en el capítulo previo.

La relación que debe establecerse entre ambas es de complementariedad. Constituyen dos pivotes sobre los que hacer descansar una regulación equilibrada y razonable sobre la nulidad parcial. Deben, consecuentemente, coexistir. No parece adecuado que exista una

---

<sup>411</sup>BLANDINO GARRIDO lo resume muy bien indicando que “los Códigos italiano y el alemán han resuelto expresamente, el problema de la repercusión de la nulidad al resto del contrato, si bien cada uno en sentido diverso. Mientras el *Codice civile* parte de que la voluntad de las partes es la de querer el contrato, aun sin la parte nula, y quien pretenda la nulidad debe probar que no se había celebrado sin la parte nula (1419.1), en el Derecho alemán (parágrafo 139 del BGB) se presume que los contratantes no quisieron el negocio sin la parte que resulta nula y será el contratante que pretenda hacer valer la validez del resto del contrato, quien deberá demostrar que éste se quiso perfeccionar aun sin la parte anulada (...). En ambos casos, se trata de una regla de valor subsidiario, de tal manera que cuando quienes intervinieron en la reglamentación contractual están de acuerdo en que el contrato se mantenga parcialmente o en que se quede sin efecto por entero, vale aquello sobre lo que las partes estén de acuerdo; sólo cuando quienes intervinieron en el contrato son de distinta opción por lo que se atañe al sostenimiento de la parte no afectada por la causa de nulidad, entrarán en juego esas normas. Un criterio similar al previsto en el *Codice civile* es el adoptado en el art. 20.2º del Código de las Obligaciones suizo (“Si el contrato sólo está viciado en algunas de sus cláusulas, sólo estas cláusulas son nulas, a menos que quepa admitir que el contrato no se habría celebrado sin ellas”). Establece, asimismo, una regla general favorable al mantenimiento del negocio el art. 292 del Código Civil portugués (“A nulidade o anulação parcial nao determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre qu este nao terio sido concluido sem a parte viciada”). La regla del parágrafo 139 del BGB (“si una parte del negocio es nula, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que deba entenderse que habría sido celebrado incluso sin la parte nula”), es reproducida en el art. 181 del Código Civil griego. En el Derecho francés, si bien la regulación vigente del *Code civil* no contiene una regulación general de la nulidad parcial, el Proyecto de reforma del Derecho de los Contratos (mayo de 2009) introduce la figura en el art 88 (...). Cfr. BLANDINO GARRIDO, A. “El mantenimiento del contrato desprovisto de las condiciones generales abusivas: la invalidez o ineficacia parcial” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, op. cit., pp. 265-266.

dispersión normativa del calibre actual, con multitud de artículos de diferente origen y rango, aplicables a supuestos de nulidad parcial.

No es incompatible tal coexistencia. En efecto, resulta incluso preferible que haya una concomitancia entre una previsión general y otras más especiales como, por ejemplo, con normas específicas sobre Derecho del Consumo o Derecho de Seguros que contemplen las consecuencias jurídicas de la nulidad parcial en supuestos con determinadas circunstancias.

Por tanto, las propuestas de *lege ferenda* deberían ir encaminadas a establecer, como mínimo, un artículo en el Código Civil que sirviera como elemento unificador y clarificador de todas las reglas vigentes de espectro más delimitado presentes en nuestro ordenamiento jurídico relativas a la nulidad parcial contractual.

## **Conclusioni**

### **I**

La nullità parziale del contratto è un tema di grande complessità, poiché dipende direttamente dalla teoria generale del contratto. Va precisato che l'ordinamento giuridico spagnolo non disciplina espressamente la nullità parziale, oltre a ciò non esistono studi specifici sulla materia e la giurisprudenza spagnola appare contraddittoria. A tutto ciò va aggiunta l'esistenza di una confusione terminologica sui concetti di validità ed efficacia, da cui direttamente dipende la nullità parziale.

### **II**

Lo studio della nullità parziale del contratto non solo presenta difficoltà ma anche stimoli in ragione della sua inquestionabile attualità. La recente produzione giurisprudenziale tanto nazionale quanto europea sulla problematica delle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario, ha fatto rinascere la nullità parziale quale categoria autonoma, rivelandola come strumento più che adeguato per la protezione dei consumatori.

### **III**

Un contratto è parzialmente nullo quando mantiene è valido ed efficace nonostante la presenza al suo interno di clausole che presentano alcun tipo di vizio invalidante; clausole valide coesistono con clausole nulle. Il concetto di nullità parziale del contratto ha suscitato un grande dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza. Esiste invero una notevole confusione terminologica e teorie definitorie contrapposte. Consideriamo che ciò dipenda dal fatto che il legislatore spagnolo, a differenza di altri legislatori europei, non ha promulgato un norma specifica sulla nullità parziale del contratto.

#### IV

L'assenza nel Codice Civile spagnolo di una norma sulla nullità parziale del contratto obbliga a studiare l'istituto giuridico attraverso l'analisi di un ampio gruppo di norme settoriali, la maggior parte delle quali appartenenti all'ambito giusprivatistico. Dall'esame di questa normativa si può dedurre la funzione protettiva che il legislatore spagnolo attribuisce all'istituto giuridico: la nullità parziale protegge, da un lato conservando il negozio giuridico *utile per inutile non vitiatur*, e dall'altro salvaguardando gli interessi del consumatore.

#### V

La responsabilità precontrattuale è una delle principali conseguenze giuridiche della nullità parziale contrattuale, analogamente ai casi in cui si produce la nullità totale di un contratto e si risarcisce la parte che ha sofferto il danno occasionato dall'invalidità. La nullità, parziale o totale, è solita essere conseguenza di una condotta inosservante delle regole del gioco contrattuale. Ciò occasiona nella maggior parte dei casi un danno. Perché si possa affermare la responsabilità precontrattuale per causa di nullità parziale, sono necessari questi tre requisiti: l'esistenza di un contratto, l'assenza di mala fede e la nullità in fase preparatoria.

#### VI

L'articolo 1258 del Codice Civile spagnolo disciplina l'integrazione del contratto. Esistono molte altre norme settoriali che ugualmente disciplinano l'integrazione del contratto. Tra queste ricordiamo la legislazione in materia di diritto del consumatore, strettamente connessa con la nullità parziale e l'integrazione del contratto. Ricordiamo la fondamentale sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 giugno 2012, in base alla quale è stata modificata la legge generale in materia di difesa del consumatore *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)*.

## VII

La nuova redazione dell'articolo 83 *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)* elimina ogni riferimento all'integrazione contrattuale come prevista dall'articolo 1258 del Codice Civile spagnolo già citato. Si riduce il ruolo del giudice: secondo la nuova formulazione infatti il giudice non può “mediare” dipendendo in materia di diritti ed obblighi delle parti nel caso in cui il contratto “sopravviva”, essendogli incluso preclusa, sebbene solo in determinate circostanze, la facoltà di dichiarare il contratto totalmente nullo. Si badi bene che non viene completamente eliminata la facoltà di integrazione, si sopprime solamente la possibilità di integrazione della clausola nulla, quando abusiva ed a favore del proponente.

## VIII

Diverse sono le norme giuridiche il cui inadempimento implica nullità, totale o parziale. Questa tipologia si costruisce con l'unico fine di chiarire alcuni aspetti del fenomeno della nullità parziale del contratto. Inoltre il confronto tra la nullità totale e la nullità parziale permette conoscere i differenti regimi applicabili e le previsioni legali di ciascuna.

## IX

Un ridotto numero di norme prevedono che la nullità di una clausola contrattuale debba essere estesa al resto del contenuto del contratto, con la conseguente nullità totale. Esistono altresì norme diverse che prevedono espressamente la nullità parziale, escludendola la nullità totale del contratto. All'interno di questa seconda classificazione si è solito distinguere tra norme eliminatorie, modulatrici e sostitutive.

## X

Le norme eliminatorie sopprimono le clausole contrarie alla causa del contratto. Le norme modulatrici, anche denominate riduttive, provocano che la disposizione contrattuale si adegui ai limiti quantitativi o al tenor letterale dei termini legali utilizzati. La terza su categoria, quella delle norme cosiddette sostitutive; articoli il cui contenuto restringe la autonomia della volontà delle parti sin dal momento della celebrazione del contratto.

## **XI**

La dottrina condivide lo stesso punto di vista in merito alla classificazione della nullità parziale: si considera unanimemente che un approccio di tipo classificatorio in merito alle diverse nullità parziali finisce per creare confusione ed essere in definitiva poco ortodosso. La nullità parziale è un fenomeno che costituisce infatti una categoria unitaria senza possibilità di fare distinzioni ontologiche.

## **XII**

La nullità parziale può presentare diverse finalità. Può essere una nullità parziale derivata dal compimento di una norma imperativa: o perché si pretende proteggere la parte contrattualmente debole, o poiché il legislatore richiede una volontà qualificata per determinati negozi giuridici. Può essere infine una nullità parziale derivata dalle regole dell'interpretazione contrattuale che ne affermano l'esistenza, al non esistere una norma espressa in tal senso.

## **XIII**

Determinare il contenuto del contratto è essenziale per realizzare un'adeguata analisi della categoria della nullità parziale del contratto. Un errore nella identificazione della causa contrattuale implica deduzioni teoriche erranee e di conseguenza una identificazione erronea della parte nulla. Sono parte del contratto i diritti e doveri delle parti contraenti; questi sono in parte autonomi, frutto della volontà delle parti, ed in parte eteronomi, frutto dell'applicazione obbligatoria della legge, gli usi e la buona fede.

## **XIV**

Dopo aver delimitato il contenuto del contratto è fondamentale valutare quali siano gli effetti della eventuale nullità dell'intero contratto. Esistono circostanze tali da invalidare l'intero contratto, bisogna stabilire se è possibile limitare gli effetti invalidanti alla sola nullità parziale. Qualora si osservi che la nullità è totale non avrebbe nessun senso cercare di salvare il contratto.

## XV

È opinione comune che la nullità parziale possa proporsi per un contratto solo quando il contenuto dello stesso sia autonomo, complesso e divisibile; vale a dire, quando le norme che lo compongono siano indipendenti l'una dall'altra e non formino un'unità. Parimenti nel caso in cui il contratto abbia contenuto autonomo, complesso però indivisibile, sarà impossibile affermare la sola nullità parziale del contratto.

## XVI

Il giudizio di nullità di una determinata clausola contrattuale deve realizzarsi congiuntamente al giudizio di parzialità. Una volta verificato che esiste una parte del contratto possibilmente nulla, bisogna determinare se detta nullità rimanga circoscritta alla clausola o alle clausole in questione o se invece debba estendersi al resto del contratto. Come detto, bisogna quindi procedere a un giudizio di parzialità secondo i criteri della teoria soggettiva, oggettiva e normativa.

## XVII

La giurisprudenza del *Tribunal Supremo* sulla nullità parziale non è uniforme. Ciò nonostante il tribunale supremo spagnolo si è pronunciato in merito affermando che la nullità parziale del contratto è un fenomeno perfettamente valido ed ammissibile nell'ordinamento giuridico spagnolo. In tal modo la giurisprudenza ha avuto l'opportunità di delimitare il concetto e le basi dell'istituto giuridico.

## XVIII

In Spagna uno dei casi più noti in cui i Tribunali spagnoli hanno dichiarato ammissibile ed applicato la nullità parziale del contratto è stato quello relativo all'eccesso di prezzo di alcuni appartamenti di edilizia convenzionata. In questa casistica, i tribunali spagnoli dichiararono parzialmente nullo un contratto che prevedeva un prezzo di vendita superiore a quanto stabilito nella legislazione in tema di edilizia convenzionata. In ragione di ciò la nullità rimase circoscritta alle clausole relative al prezzo degli appartamenti mantenendosi il contratto valido ed efficace per la restante parte.

## **XIX**

La giurisprudenza spagnola ebbe altresì occasione di trattare altri casi di particolare interesse connessi con il tema della nullità parziale del contratto. In particolare ricordiamo il caso delle clausole di revisione del prezzo inserite nei contratti di locazione abitativa: i tribunali spagnoli dichiararono la nullità parziale del contratto di locazione, limitando però l'effetto invalidante alle clausole in questione.

## **XX**

La Corte europea di Giustizia ha avuto occasione recentemente di pronunciarsi sul tema della nullità parziale del contratto. Con la sentenza del 26 marzo del 2019 il tribunale comunitario stabilisce la cd. *blue pencil rule* influenzando in modo più o meno diretto sulla consolidata dottrina della nullità parziale del contratto. Si tratta di una sentenza particolarmente complicata e completamente innovativa che modifica la visione giurisprudenziale europea sulla questione, prendendo le distanze da precedenti pronunce dello stesso tribunale europeo.

## **XXI**

L'ordinamento giuridico spagnolo ha a disposizione diversi strumenti normativi in materia di diritto del consumatore che fanno riferimento alla nullità parziale del contratto tra questi vanno ricordati: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. In entrambi i testi legali si evidenziano diversi articoli che contemplano la nullità parziale, un tema che diventa quasi un denominatore comune tra le citate leggi spagnole.

## **XXII**

Oltre alla normativa spagnola in tema di diritto del consumatore, esistono diversi strumenti normativi appartenenti alla denominata *soft law*, tanto europea come internazionale. Queste norme rappresentano un amalgama di regole non vincolanti, ispirate da criteri di natura diversa. Siamo a favore di una armonizzazione legislativa europea che permetta di unificare e chiarire le questioni fondamentali del Diritto Civile,

perlomeno per quanto riguarda le obbligazioni e i contratti, per rimediare a duplicità o contraddizioni.

### **XXIII**

Il legislatore spagnolo dovrebbe pensare di introdurre nel Codice Civile una norma generale in tema di nullità parziale del contratto, magari seguendo l'esempio dell'articolo 1419 del Codice Civile italiano. L'inclusione di una norma siffatta risolverebbe di colpo tutti i dubbi in merito all'ammissibilità ed alla portata della nullità parziale e costituirebbe inoltre un riferimento normativo importante per l'interpretazione delle norme speciali e settoriali che attualmente disciplinano la nullità parziale.

## **Conclusiones**

### **I**

El análisis de la categoría jurídica de la nulidad parcial contractual, dogmáticamente incardinada en la teoría general del contrato, entraña gran complejidad. Es de destacar la ausencia de una regla general en el ordenamiento jurídico español y el escaso volumen de estudios específicos sobre la materia, la dispersión de ideas en la jurisprudencia española. Todo ello debe sumarse a la confusión terminológica sobre los conceptos de validez y eficacia, directamente vinculados con la cuestión de fondo.

### **II**

El estudio a nulidad parcial contractual no solo reviste dificultad sino atractivo como objeto de investigación, debido también a su indudable actualidad. La reciente y extensa jurisprudencia, nacional y europea, sobre la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria ha hecho revivir la nulidad parcial como una categoría autónoma y el instrumento más adecuado para la protección de los consumidores.

### **III**

La nulidad parcial se produce cuando un contrato mantiene su validez, eficacia y vigencia a pesar de la existencia de cláusulas que presentan de algún tipo de vicio invalidante. Ello se traduce, por tanto, en que coexisten una o varias cláusulas nulas con otras perfectamente válidas. El propio concepto de nulidad parcial del contrato también ha suscitado un gran debate en la doctrina y en la jurisprudencia. Existe una notable confusión terminológica y teorías dispares sobre su conceptualización. Esta situación se encuentra motivada porque, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, el legislador español no ha incorporado ningún precepto sobre la nulidad parcial contractual.

#### IV

La ausencia en el Código Civil español de una regla general sobre la nulidad parcial contractual provoca que su estudio deba realizarse a través del análisis y categorización de un amplio abanico de normas sectoriales, en su mayoría instrumentos normativos propios de la órbita iusprivatística. De este examen se puede deducir que, en términos generales, el legislador apuesta por la nulidad parcial con un espíritu de doble protección. Por un lado, conservar el negocio jurídico en virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*. De otro, salvaguardar jurídicamente los intereses del consumidor.

#### V

La responsabilidad precontractual es una de las principales consecuencias jurídicas de la nulidad parcial contractual, igual que en aquellos casos en los que se produce la nulidad total de un contrato y se indemniza a la parte perjudicada por los daños y perjuicios derivados de la invalidez. La nulidad, ya sea parcial o total, suele ser consecuencia de una conducta inobservante de las reglas del juego contractual. Ello implica que, en la mayoría de las ocasiones, se produzca un daño para la contraparte, derivado fundamentalmente de la propia nulidad del contrato. Para declarar la responsabilidad precontractual derivada de un contrato parcialmente nulo deben concurrir la existencia de un contrato, la ausencia de mala fe y que el origen de la nulidad esté en la fase preparatoria del contrato.

#### VI

El artículo 1.258 del Código Civil establece el marco general de la integración contractual. Existen, sin embargo, muchas normas sectoriales que también contemplan previsiones acerca de la integración del contrato. Así sucede, por ejemplo, con las leyes de Derecho del Consumo español, que presenta un elevado nivel de conexión con la nulidad parcial e integración del contrato. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de junio de 2012 supuso un importante punto de inflexión. Una de las importantes consecuencias del pronunciamiento comunitario es, aparte del fallo y los argumentos esgrimidos en la propia sentencia, el necesario cambio que el legislador tuvo que introducir en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

## VII

La nueva redacción del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) suprime también la referencia a la integración del contrato conforme al anteriormente estudiado artículo 1.258 del Código Civil. Se limita ampliamente el papel del juez. De tal manera que, en la actualidad, no cuenta con las facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes en caso de que el contrato subsista, ni con la capacidad de declarar la ineficacia total del contrato en determinadas circunstancias. Lo más destacable es que no se elimina la facultad de integración en su totalidad, se suprime la integración de la cláusula nula por abusiva en favor del predisponente.

## VIII

Existe una amplia clasificación de normas jurídicas cuyo incumplimiento deriva en nulidad, bien total bien parcial. Esta tipología se construye con la única finalidad de clarificar algunos aspectos del fenómeno de la nulidad parcial del contrato. Con esta ordenación se puede, además, hacer una comparación entre la nulidad total y la nulidad parcial y conocer sus diferentes regímenes aplicables y las previsiones legales para cada una de ellas.

## IX

Un reducido número de normas contemplan que la nulidad de una cláusula contractual debe hacerse extensible al resto del contenido de contrato, lo que produce, a la postre, un caso de nulidad total. Frente a este bloque, existe otro que impone expresamente la nulidad parcial lo que, consecuentemente, se traduce en la exclusión de la nulidad total del contrato. Dentro de esta segunda clasificación suelen distinguirse entre normas eliminatorias, moduladoras y sustitutorias.

## X

Las normas eliminatorias hacen desaparecer aquellas cláusulas contrarias a lo que rige su propio contenido. Por su parte, las normas reductoras, también denominadas por algunos autores reductivas, provocan que la disposición contractual se ajuste a los límites

cuantitativos o plazos legalmente establecidos en su tenor literal. Finalmente, la tercera subcategoría está integrada por las normas sustitutivas; es decir, artículos cuyo contenido restringe desde el momento de la celebración del contrato la autonomía de la voluntad de las partes.

## **XI**

Es generalizado en la doctrina que ha estudiado la nulidad parcial el razonamiento sobre sus clases. En este sentido, considerar que existe una clasificación de diferentes nulidades parciales, tal y como defienden algunos autores, puede ser bastante confuso y poco ortodoxo. La nulidad parcial es, en todo caso, una clase en sí misma, un fenómeno que constituye una categoría unitaria sin posibilidad de hacer distinciones de esta naturaleza.

## **XII**

La nulidad parcial puede presentar diferentes finalidades. De un lado, puede hablarse de nulidad parcial contractual derivada del cumplimiento de una norma imperativa, ya sea porque se pretende proteger la parte débil de un contrato o bien porque el legislador exige una cualificación de la voluntad para determinados negocios jurídicos. De otro, cabe referirse a la nulidad parcial contractual motivada por las reglas de interpretación contractual al no existir norma que, expresa y directamente, lo determine.

## **XIII**

La determinación del contenido del contrato resulta clave para realizar un adecuado análisis de la categoría de la nulidad parcial del contrato. Un error en su identificación supone una construcción teórica equivocada y, por ende, un incorrecto reconocimiento de la parte nula. El contenido del contrato está integrado por los derechos y deberes de los sujetos contratantes, del que se puede distinguir una parte autónoma, fruto de la voluntad de las partes, y una parte heterónoma, integrada por la ley, los usos y la buena fe.

#### **XIV**

La delimitación del contenido del contrato debe dejar paso, a continuación, a la valoración sobre el alcance de la potencial nulidad del contrato. Así, debe considerarse si existe alguna circunstancia que suponga la nulidad total del contrato; es decir, hay que dirimir si tiene cabida la nulidad parcial. En caso de que se observe que, por cualquier motivo, la nulidad afecta a todo el contrato carecería de sentido plantearse la existencia de un supuesto de nulidad parcial.

#### **XV**

La nulidad parcial, solo y exclusivamente, puede predicarse de un contrato cuando su contenido sea autónomo, complejo y divisible; esto es, cuando las normas que lo componen son independientes y no forman un todo unitario. Si, por el contrario, nos encontramos ante un contenido autónomo, complejo pero indivisible es evidente que resulta imposible considerar que en ese contrato puede darse un caso de nulidad parcial.

#### **XVI**

La identificación de la cláusula nula debe realizarse de forma simultánea con el parámetro de parcialidad. Una vez se ha comprobado que existe una parte del contrato con visos de nulidad tiene que determinarse si queda circunscrita a la cláusula o cláusulas en cuestión o si, en cambio, cláusulas sin extenderse al resto del contenido contractual. Para ello, debe emitirse un juicio de parcialidad siguiendo los criterios de las teorías subjetiva, objetiva o normativa.

#### **XVII**

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la nulidad parcial contractual se encuentra sumamente dispersa y no existe una línea bien definida en torno a esta categoría. Sin embargo y pese a ello, el Tribunal Supremo ha considerado, en términos generales y conforme a diferentes pronunciamientos, que la nulidad parcial contractual es un fenómeno perfectamente válido y admisible en el ordenamiento jurídico español. Así, la jurisprudencia ha tenido también oportunidad de delimitar tanto el concepto como su fundamento.

## **XVIII**

El caso del sobreprecio de las viviendas de protección oficial constituye uno de los principales ejemplos de la admisibilidad y aplicabilidad de la nulidad parcial en el tráfico jurídico contractual. En este asunto se declararon parcialmente nulos los contratos de compraventa de viviendas de protección oficial debido a que el precio superaba los límites marcados por la legislación aplicable. La nulidad quedó circunscrita a las cláusulas sobre el precio de las viviendas, manteniéndose válido y eficaz el resto del contenido del contrato.

## **XIX**

Existen en la jurisprudencia española otros casos de especial interés y conectados con la nulidad parcial contractual. Entre ellos cobra gran protagonismo el caso de las cláusulas de revisión de rentas en el que, al igual que sucede en la mayoría de los asuntos conocidos en España, se declara la nulidad parcial del contrato de arrendamiento afectando únicamente a las disposiciones contractuales que reglan la revisión de las rentas.

## **XX**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la nulidad parcial del contrato. En la sentencia de 26 de marzo de 2019 el tribunal comunitario establece una serie de criterios en torno a la doctrina *blue pencil* que, de forma más o menos directa, incide en la consolidada doctrina sobre la nulidad parcial contractual. Se trata de un pronunciamiento de difícil estudio y que resulta bastante novedoso ya que actualiza la visión jurisprudencial europea sobre esta cuestión, en disonancia con algunas resoluciones pretéritas pero no muy lejanas en el tiempo.

## **XXI**

El ordenamiento jurídico español cuenta con diferentes instrumentos normativos vinculados al Derecho del Consumo y estrechamente vinculados con la nulidad parcial contractual. Entre ellos destacan el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. En ambos textos legales se aprecian diferentes artículos que contemplan la

nulidad parcial. Entre ellos existe, además, varios aspectos que permiten establecer una especie de denominador común entre ambas normas sobre la nulidad parcial contractual.

## XXII

Junto con las normas del Derecho del Consumo español pueden encontrarse otros instrumentos pertenecientes al denominado *soft law* europeo e internacional. Constituyen una amalgama de reglas sin fuerza vinculante sobre esta categoría sin que exista entre ellos un criterio único. En este sentido, debería buscarse mediante una armonización legislativa europea que permitiese unificar y clarificar las cuestiones más básicas de Derecho Civil, por lo menos, en cuanto a obligaciones y contratos se refiere, sin caer en duplicidades o contradicciones en conceptos jurídicos de los ordenamientos de los estados miembros.

## XXIII

El legislador español debería plantearse introducir en el Código Civil una regla general sobre la nulidad parcial de los contratos siguiendo, por ejemplo, el modelo del artículo 1.419 del *Codice Civile* italiano. La inclusión de una norma de esta naturaleza despejaría toda duda en torno a la admisibilidad y alcance de esta categoría. Asimismo, se establecería un régimen general en torno a la nulidad parcial contractual que podría complementarse con las normas sectoriales vigentes.

## Bibliografía

ABASCAL ZAMORA, J.M. “El uso de los principios Unidroit en la práctica” en *Derecho de los negocios*, nº 81, 1997, pp. 13-24.

ADÁN DOMÉNECH, F. “¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado” en *Diario La Ley*, nº 9401, 2019.

- “Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado” en *Diario La Ley*, nº 9152, 2018.
- “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces” en *Diario La Ley*, nº 9498, 2019.
- “Tratamiento procesal de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria” en *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 2014, pp. 445-480.

AGÜERO ORTIZ, A. “El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales: Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 18, 2016, pp. 144-148.

AGUILERA MORALES, E. “Articulaciones procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión” en *Revista española de derecho europeo*, nº 63, 2017, pp. 111-127.

ALBALADEJO GARCÍA, M. *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

- *Derecho civil*, tomo I, vol. 2º, Edisofer, Madrid, 2011.

ALBIEZ DOHRMAN, K.J. “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos del Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº 9439, 2019.

- “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil una tendencia muy europea” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley*

*de modernización del derecho de obligaciones y contrato*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 194-238.

- “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta” en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann; coord. María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15-16.
- “Primerísimas observaciones al Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20 2016, pp. 42-73.
- Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control” en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Sixto Sánchez Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 383-484.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La interpretación de las condiciones generales de los contratos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1987, pp. 991-1006.

- *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALONSO PÉREZ, M. “La responsabilidad precontractual” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 485, 1971, pp. 905-906.

ALPA, G. “La armonización del derecho contractual y el proyecto de Código Civil europeo” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 11, 2003, pp. 25-30.

ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2004.

ÁLVAREZ MORENO, M.T. *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*, Reus, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre las cláusulas suelo” en *Diario La Ley*, nº 8995, 2017.

ANTONIO PÉREZ, A.J. “El control de contenido por abusividad” en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (coord. José Luis Forte Gorbe y Carolina Carmen del Castillo Martínez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-188.

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. *El consentimiento matrimonial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

ARENA, F.J. “Metodología y derecho privado. Intención de las partes y contenido del contrato” en *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas* (comp. Guillermo Larigueta), Editorial Brujas, Córdoba, 2016, pp. 449-458.

ARGUDO PERIZ, J.L. “Invalidez e ineficacia. Invalidez, nulidad y anulabilidad” en *Eficacia e ineficacia del contrato* (coord. María Ángeles Parra Lucán y Carlos Lalana del Castillo), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 69-100.

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “Vencimiento anticipado: sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019” en *Actualidad civil*, nº 5, 2019.

ARROYO I AMANUELAS, E. “Principios del Derecho contractual comunitario” en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Undroit sobre contratos comerciales: actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007* (coord. María Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Canellas, Dykinson, Madrid, 2009, p. 62-87.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Artículo 45” en *Comentarios al Código civil II* (coord. Joaquín José Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez), vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 495-500

- “Artículo 7. Buena fe y abuso del derecho” en *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 1, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 90-99.
- “Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán” en *Libro homenaje al Prof. Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, Civitas, pp. 1417-1418.
- “Comentario a la STS de 16 de mayo de 1988: Responsabilidad civil. Daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se había hecho confiar” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 17, 2018, pp. 513-528.
- *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

ATAZ LÓPEZ, J. “La libertad contractual” en *Tratado de contratos*, (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves I. Moralejo Imbernón y María Susana Quicios Molina), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 129-140.

ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J. “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” en *DOXA*, nº 26, 2003, pp.719-735.

AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I. “El impacto de la jurisprudencia en el control de abusividad” en *Los contratos de crédito inmobiliario: algunas soluciones legales* (coord. Reyes Sánchez Lería y Lucía Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid, 2018, pp. 109-127.

BADENAS CARPIO, J.M. “Artículo 2. Ámbito subjetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 37-92.

BARBANCHO TOVILLAS, F.J. “11 de octubre de 1991. Arrendamientos urbanos. de local de negocio. Revisión de rentas. Cláusulas de estabilización. validez e interpretación. Aumento acumulativo de la renta” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, 1992, pp. 15-22.

BARNETT, R.E. “Una teoría del consentimiento contractual” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 49, 2004, pp. 47-79.

BARRAL VIÑALS, I. *Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios: ¿qué nos aporta Europa?* Ed. Bosch, Madrid, 2017.

BASOZABAL ARRUE, X. “En torno a las obligaciones precontractuales de información” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, fascículo II, pp. 647-712.

BASTANTE GRANELL, V. “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 750, 2015, pp. 2420-2454.

BELLO PAREDES, S.A. “Artículo 9: las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas” en *Estudios jurídicos sobre la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León* (coord. Fernando García-Moreno Rodríguez), Universidad de Burgos, 2004, pp. 289-296.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “31 de enero de 1998. Condiciones generales de la contratación frente a consumidores. requisitos. Acción declarativa de nulidad por abusivas. legitimación de asociaciones de consumidores; beneficio de justicia gratuita” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 47, 1998, pp. 725-736.

- “Artículo 1. Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 23-36.
- “Comentario a los artículos 38 a 48” en *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa), Tecnos, Madrid, 1997, p. 663-736.

BERNAD MAINAR, R. “La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iuspravitismo moderno” en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, nº17, 2016, pp. 1-80.

- “Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 743, 2014, pp. 1233-1263.

BERROCAL LANZAROT, A.I. “El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 62, 2014, pp. 173-214.

BETTI, E. “Teoria generale del negozio giuridico”, vol. 15-II del *Trattato di Diritto civile italiano* (F. Vasalli), UTET, Turín, 1952.

- *Teoría general del negocio jurídico* (trad. Antonio Martínez Pérez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BIANCA, C.M. *Diritto Civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milán, 2015, pp. 404 y ss.

BLANDINO GARRIDO, M.A. “Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado actual de la cuestión” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 32, 2013, pp. 323-347.

- “Contenido y efectos de los contratos” en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Europeo de Referencia* (coord. Antonio Vaquer Aloy y otros), vol. I, Atelier, pp. 573-694.
- “La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (coord. por Albiez Dohrmann K.J., Palazón Garrido, M.L., Méndez Serrano, M.M.), Atelier, Barcelona, 2011, 239-296.
- “La sanción de las cláusulas abusivas (Estudio comparado de los ordenamientos español e italiano)” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº5, 2000, pp. 145-162.

BLASCO GASCÓ, F.P. “Artículo 1859. No disponibilidad de la cosa por el acreedor” en *Código civil comentado* (coord. por Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 4, Thomson-Civitas Reuters, Madrid, 2011, pp. 1277-1279.

BONET, R. *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, 1964.

BORRELL Y SOLER, A. *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1947.

BOSCH CAPDEVILA, E. “Los vicios del consentimiento” en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (dir. Antoni Vaquer Aloy y otros), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 195-222.

BOSCH CAPDEVILA, E. Y GIMÉNEZ COSTA, A. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” en *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº692, 2005, pp. 1757-1816.

BOTANA GARCÍA, G.A. “Una visión global sobre la protección jurídica de los consumidores” en *Actualidad civil*, nº1, 2015.

CABANAS TREJO, R. “La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº9379, 2019.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 528, 1995, pp. 747-748.

CALASSO, F. “Autonomia: premessa storica” en *Enciclopedia del Diritto*, IV, pp. 349-356.

CALLEJO CARRIÓN, S. “Pasado, presente y ¿futuro? de la ejecución hipotecaria (A propósito de la deriva hipotecaria)” en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº185, 2016, pp. 33-70.

CALVO CARAVACA, L.A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Contrato internacional, nueva lex mercatoria y principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2 (Derecho de obligaciones), pp. 1539-1572.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. “La naturaleza de la donación” en *Revista jurídica del notariado*, nº 38, 2001, pp. 71-100.

CANO MATA, A. “La interpretación de los contratos civiles” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fascículo I, 1971, pp. 193 y ss.

CAÑIZARES LASO, A. “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 4 (octubre-diciembre), 2018, pp. 89-138.

- “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº 3 (julio-septiembre), 2015, pp. 67-105.
- “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016” en *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, nº4 (octubre-diciembre), 2016, pp. 103-213.
- *La caducidad de los derechos y las acciones*, Civitas, Madrid, 2001.

CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.

CARRASCO PERERA, A. “Artículo 6” en *Comentarios al Código Civil: artículos 1 a 151* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-176.

- “De nuevo sobre el control de transparencia y el control de contenido en contratos celebrados entre no consumidores” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 21, 2017, pp. 168-170.
- “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº21, 2017, pp. 90-105.
- “Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario” en *Comentario a Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 677-705.
- *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010.

CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de contratación” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 164-183.

CARRESI, F. “Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridic” en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, pp. 267 y ss.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I. *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

CASELLA, M. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milán, 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Reus, Madrid, 1987.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. “Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad” en *Actualidad civil*, nº 9, 2018.

CASTRILLO SANTOS, J. “Autonomía y heteronomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, 1949, p. 565-605.

CASTRO FERNÁNDEZ, J.M. “Las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos” en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 85, nº 2, 1986, pp. 485-494.

CAVANILLAS MÚGICA, S. “Artículo 1964” en *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1077-1084.

CHICO DE LA CÁMARA, P. “La residencia habitual como punto de conexión en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado” en *Estudios homenaje al profesor Pérez de Ayala* (coord. César Albiñana García-Quintana y otros), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-106.

CICU, A. “Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo” en *Rivista di Diritto e Procedura civile*, nºVI, 1952, pp. 7 y ss.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H. “La causa del contrato” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº6, 1998, pp. 2194-2195.

- “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 60-61.
- “Notas sobre el denominado precontrato” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González), vol. 1, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1081-1092.
- *La confirmación del contrato anulable*, Studia Albornotiana: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Cometa, Zaragoza, 1977.

CLEMENTE MEORO M. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas” en *Contratación y consumo* (coord. Francisco Javier Orduña Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 313 y ss.

CONSOLO, C. “Nullità del contratto, suo rillievo totale o parziale e poteri del giudice” en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, n°1 extra, pp. 7-57.

CORAPI, D. “L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit” en *Europa diritto privato*, nº1, 2002, pp. 23-40.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “Los criterios especiales de distribución legal de la carga de la prueba recogidos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios” en *Cuadernos de derecho judicial*, nº6, 2008, pp. 207-232.

COUSO PASCUAL, J.R. “Veredicto: la posición del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas” en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº87, 2019, pp. 37-47.

CRISCUOLI, G. *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1959.

CUARTERO RUBIO, M.V. “Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 93-110.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración” en *Academia Vasca de Derecho. Boletín JADO*, nº 26, 2014, pp. 7-61.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.

DE ELIZALDE IBARBIA, F. “La determinación del contenido contractual: nuevas perspectivas” en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014, pp. 829-844.

- “La determinación del contrato: nuevas perspectivas” en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2003.
- Una aproximación española y europea al contenido del contrato: reflexiones a la luz de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXX, fascículo III, 2017, pp. 1139-1195.

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. “Anomalías del contrato y sus remedios: inexistencia, nulidad y anulabilidad en el anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía” en *REGAP: Revista galega de administración pública*, nº 35, 2003, pp. 37-55.

- “El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 2002, pp. 1768-1776”.
- “La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica” en *Revista de Derecho Privado*, vol. 55, nº8, 1971, pp. 803-820.

DE PABLO CONTRERAS, P. “Artículo 1969. Inicio del cómputo para prescribir” en *Código Civil comentado*, (coord. Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 4, Thomson-Civitas Reuters, Madrid, 2011, pp. 1682-1683.

DE PRADA GARCÍA, A. “¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos?” en *Eunomia: Revista en Cultura de la legalidad*, nº 7, 2014, pp. 76-84.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “10 de abril de 2001: Error obstativo o en la declaración, determinante de nulidad radical del negocio. Legitimación para el ejercicio de la acción: corresponde a los terceros perjudicados, a quienes no afecta la limitación que para instar la anulabilidad del contrato establece el artículo 1.302 del Código Civil” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 58, 2002, pp. 131-146.

- “Eficacia e ineficacia del contrato” en *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 243-264.
- “La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento” en *La terminación del contrato* (dir. José Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 41-89.
- “Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº5, 2016, pp. 302-310;

DEL TORO HUERTO, M.I. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 13, 2013, pp. 344-403.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática” en *Anuario de Derecho Civil*, volumen LVIII, fascículo I, 2005, pp. 9-74.

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. Manuel Albaladejo), vol. 2, Edersa, Madrid, 1981.

- “Comentario al artículo 1.300 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: artículos 1281 a 1314 del Código Civil*, tomo XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1981.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría), Thomson Reuters-Aranzadi, 2007.

- *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Artículo 45” en *Comentarios al Código Civil* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I (art. 1 a 151), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 659-663.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. “Los contratos atípicos” en *Actualidad civil*, nº 2, 1998, pp. 345-362.

DÍEZ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil (Doctrina general del contrato)*, tomo II, vol 1, Bosch, Barcelona, pp. 279 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Contrato y libertad contractual” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº49, 2004, pp. 15-21.

- “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico” en *Anuario de Derecho Civil*, volumen XIV, fascículo IV, 1961, p. 824.
- “La anulabilidad de los contratos” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1221-1230.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993.
- *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2003.
- “A vueltas con la autonomía privada en materia privada” en *Diario La Ley*, nº7765, 2011.

- “Altibajos de la autonomía de la voluntad” en *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. Luis Díez Picazo), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 165-181.
- “La autonomía privada y el derecho en la LAU” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX, fascículo IV, 1956, p. 1149-1182.
- *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 438

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. Y MORALES MORENO, A. *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ-PICAZO. L Y GULLÓN BALLESTER, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. “La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013” en *La Ley Unión Europea*, nº 7, 2013, pp. 25-48.

DOMÍNGUEZ ROMERO, J. “Cláusulas exentas, transparencia e integración judicial: a propósito de la STJUE 30.4.2014, Árpád Kásler, y la revisión británica sobre *exempt terms*” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 35, 2014, pp. 317-343.

DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. “La nulidad parcial en el Derecho contractual europeo: algunas observaciones sobre sus precedentes romanos”, en *Revista General de Derecho Romano*, nº26, julio, 2016.

- “La nulidad parcial en el Derecho Contractual Europeo: algunas observaciones sobre sus precedentes romanos” en *Revista General de Derecho Romano*, nº26, 2016.

DOSSETO, M. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti mediante moduli o formulari*, CEDAM, Padua, 1951.

DURÁN RIVACOBIA, R. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en *Revista de Derecho Privado*, año 84, mes 2, 2000, pp. 99-132.

- “Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº706, 2008, pp. 655-724.
- *Donaciones encubiertas*, Bosch, Barcelona, 2009.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. Y ZIMMERMAN, R. “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos” (traducción de Bruno Rodríguez-Rosado) en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fascículo IV, 2009, pp. 1461-1522.

ESPINAR VICENTE, J.M. “El concepto de residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado” en *Revista de Derecho Privado*, año 64, mes 1, 1980, pp. 3-27.

ESTRADA ALONSO, E. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. “Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 735, 2013, pp. 173-244.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (coord. García Vidal A., Gómez Segade, J.A. y Olivencia, M.), Marcial Pons, Madrid, pp. 545-556.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. “Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código europeo de los contratos” en *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, nº15, 2000, pp. 109-128;

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARO, I. “La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial: estudio del artículo 45 del Código Civil” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1996, pp. 1507-1511.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica” en *Diario La Ley*, nº 9479, 2019.

FERRANDIS VILELLA, J. “Donación traslativa y contrato de donación” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 4, nº 9, 1960, pp. 579-609.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. “El contrato en fraude de ley” en *El negocio jurídico: la ineficacia contractual*, CGPJ, 1994, pp. 271-362.

FERREIRA RUBIO, D.M. *La buena fe. El principio general en el Código Civil*, Montecorvo. Madrid, 1984.

FERRI, L. “La autonomía privada” (traducción y notas de Derecho español de Sancho Mendizábal), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 5.

FLUME, W. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts. Das rechtsgeschäft*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-NuevaYork-Tokio, 1979.

- *Das Rechtsgeschäft* (traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

-

FRANCESCHELLI, V. “Gli effetti del matrimonio invalido” en *Tratatto di Diritto privato* (dir. P. Rescigno), tomo I, UTET Giuridica, Turín, 1982, pp. 675-678.

FUENTES FERNÁNDEZ, I. “Ley reguladora del crédito inmobiliaria: ventajas y desventajas” en *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, nº 190, 2019, pp. 6-11.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, 2012.

GALICIA AIZPURÚA, G.H. “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº26, 2018, pp. 142-175.

GANDOLFI, G. “Nulità parziale e dimensione ontologica del contratto” en *Studi di Diritto Privato*, Giuffrè, Milán, 1994.

GARCÍA AMIGO, M. “Integración del negocio jurídico” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIII, 1981, pp. 77-106.

GARCÍA CANTERO, G. “El Anteproyecto de Código europeo de contratos: Proyecto Gandolfi o del Grupo Pavía”, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (coord. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011 pp. 205-216.

- “Reformulación de derechos básicos de consumidores y usuarios (texto refundido de 2007)”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (coord. García Rubio, M.P.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 297-308.

GARCÍA RUBIO, M.P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo” en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2010.

GARCÍA VICENTE, J.R. “Artículo 1300” en *Comentarios al Código Civil*, tomo VII: arts. 1265 a 1484 (coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9238-9250.

- Artículo 1287” en *Comentarios al Código Civil. Tomo VII: arts. 1265 a 1484* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9190-9191.
- “Artículo 1301”, *Comentarios al Código Civil*, tomo VII: arts. 1265 a 1484 (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9251-9257.

GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M. “El laberinto de los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado: ¿y ahora qué?” en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 74.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Forma y documentación del contrato” en *Tratados de contratos* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 753-804.

GIMÉNEZ COSTA, A. “II.-1:108: Invalidez parcial o ineffectividad” en *Derecho europeo de contratos. Libro II y IV del Marco Común de Referencia*, (coord. Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González), tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 110-116.

GIMENO SENDRA, J.V. “Los procesos sobre cláusulas abusivas: ¿un caos procedimental?” en *Revista General de Derecho Procesal*, nº44, 2018.

GIORGIANI, M. “Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso” en *Europa e diritto privato*, nº 3, 2006, pp. 1203-1223.

GÓMEZ CALLE, E. “Responsabilidad precontractual” en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5959-5960.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995.

GÓMEZ TABOADA, J. “Los contratos atípicos o innominados” en *Revista jurídica del notariado*, nº61, 2007, 161-202.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. “La nulidad parcial de los negocios jurídicos” en *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, 1962.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 139-192.

- “Artículo 7. No incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 235-258.
- “Comentario al art. 83” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 1158 y ss
- “Los principios Lando” en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (coord. Esteve Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-182.

GÓNZALEZ SALGADO, J.A. “El lenguaje jurídico del siglo XXI” en *Diario La Ley*, nº 7209, 2009.

GONZALO, J.A. “La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010” en *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos del Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 55-74.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. “Seguridad jurídica ex ante y ex post en las hipotecas: control y eficacia de las cláusulas abusivas” en *Presente y futuro del mercado hipotecario y ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as* (coord. Inmaculada

Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Domingo Olmedo Cardenete), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 536-577.

GORDILLO CAÑAS, A. “La nulidad parcial del negocio con precio ilegal” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo I, 1975, pp. 101-204.

- “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)” en *Centenario del Código Civil*, vol. 1, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 935-983.
- “Precio ilegal: ¿Un salto atrás en la jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a las Ss. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 893-913.

GRASSETTI, C. “Conservazione (Principio di)” en *Enciclopedia del Diritto*, IX, 1961, pp. 173 y ss.

- *L'interpretazione del negozio iuridico*, CEDAM, Padova, 1983.

-

GRIMALT SERVERA, P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de anulabilidad*, Editorial Comares, Granada, 2008.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su incorporación (crónica de lo incomprensible)” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIV, fascículo III, 2001, pp. 1105-1144.

GULLÓN BALLESTEROS, A. *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J. “Arrendamientos urbanos. de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta. Cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 6, 1984, 1893-1902.

IRTI, N. “La nullità come sanzione giuridica” en *Contratto e impresa*, 2/1987, pp. 541-551.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. “Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2012, pp. 1677-1705.

JORDANO BAREA, J. B. “El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo II, 1961, pp. 343-382.

JORDANO FRAGA, F. *Falta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Studia Albornociana: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, vol. 52, Cometa, Zaragoza, 1988, pp. 132-153.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1990.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. “Sobre la causa de los contratos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, pp. 1016-1028.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil*, tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1995.

LAVARIEGA VILLANUEVA, P.A. “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº112, 2007, pp. 75 y ss.

LECIÑENA IBARRA, A. “Autonomía de la voluntad” en *El contrato*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 9-30.

LETE ACHIRICA, J. “Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” en *Actualidad civil*, nº 1, 1996, pp. 127-136.

- “Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012” en *Diario La Ley*, nº 7976, 2012.

LETE DEL RÍO, J.M. “El matrimonio putativo” en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia Castaño*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1984, pp. 419-428.

LLEDÓ YAGÜE, F. “Comentario a la STS de 16 de septiembre de 1986” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 315, 1986, pp. 3975-3981.

LÓPEZ ALARCÓN, M. “Algunas consideraciones sobre el matrimonio putativo” en *Anales de Derecho*, nº 16, 1998, pp. 127-138.

LÓPEZ AZCONA, M.A. “Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código Civil” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 2, 2018, pp. 185-235

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “Artículo 1302. Legitimados para ejercitar la acción de nulidad” en *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato: artículos 1088 a 1444), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 749-754.

- *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. “Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (a propósito de las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo III, 1993 pp. 1373-1400.

LÓPEZ FRÍAS, A.M. “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fascículo III, 1990, pp. 852-853.

LÓPEZ MAZA, S. “La garantía legal y la garantía comercial en la venta de bienes al consumo: régimen español” en *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto de consumidor* (coord. por Mateo Sánchez García), Universidad de Bogotá, 2013, pp. 50-90.

LÓPEZ-LÓPEZ, A.M. “Artículo 1287. El uso y las costumbres en los contratos” en *Código civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 3, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 703-705.

LUCHETTI, G. Y PETRUCCI, A. *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Pàtron, Bologna, 2010.

LUNA SERRANO, A. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, Marcial Pons, 1988.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Reus, Madrid, 1907.

MANZANARES SECADES, A. “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVII, fascículo III, 1984, pp. 716 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “El control de transparencia material” en *Comentarios a la Ley de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp- 257-313.

- “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil” en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-234.
- “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9, pp. 9-16.
- “La causa del contrato” en *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº3, 2007, pp. 2649-2672.
- “La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, p. 86-99.
- “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato” en *Tratado de contratos*, (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves I. Moralejo Imbernón y María Susana Quicios Molina), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 597-746.

MARÍN NARROS, H.M. “Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 718, 2010, pp. 487-518.

MARÍN PADILLA, M. L. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*, Bosch, Barcelona, 1990.

MARQUÉS MOSQUERA, C. “El TJUE y el vencimiento anticipado por impago en préstamos hipotecarios con consumidores: a vueltas con la inseguridad jurídica” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 71, 2019, pp. 271-282.

MARTÍN SANTISTEBAN, S. “La aplicación de los principios UNIDROIT y los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral” en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (coord. Leticia García Villaluenga, Jorge Luis Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro y Carmen Fernández Canales), vol. 2 (arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos), Reus, Madrid, 2010, pp. 59-80.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. Y URREA CORRES, M. “Artículo 1. Fuentes del derecho y jerarquía normativa” en *Código civil comentado*, (coord. Rosario Valpuesta y otros), vol. 1, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 27-45.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “Contenido y efectos del contrato” en *Derecho privado europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), COLEX, Coruña, 2003, pp. 435-464.

MARTÍNEZ SANZ, F. “Principios de Derecho europeo de los contratos -Comisión Lando-” en *Derecho privado europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Constitución y Leyes COLEX, La Coruña, 2003, pp. 193-198.

MATO PACÍN, M.N. “Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia” en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 48, 2019.

- “La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº771, 2019, pp. 113-159.
-

MAZUELOS BELLIDO, A. “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), nº 8, 2004.

MÉDICIS BERNAL, E.M. “Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario” en *Diario La Ley*, nº 9391, 2019.

- “El Supremo marca las reglas de juego sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas” en *Inmueble: revista de Derecho inmobiliario*, nº 195, 2019, pp. 18-23.

MEDINA ALCOZ, M. “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: normas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual” en *Revista de Derecho Privado*, nº 3, 2005, pp. 79-106.

MENÉNDEZ MATO, J.C. “Abusive clauses: its current regulation in Spain within the european union frme and its future tendencies” en *Critical Review of Current and Controversial Legal Issues in Spain*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 39-60.

MILÁN DEL BOSCH PORTOLÉS, I. Y UNCETA LABORDA, M. “Los principios Unidroit como lex contractus” en *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional* (coord. Luis Alfonso Calvo Caravaca y Santiago Areal Ludeña), Constitución y Leyes COLEX, Coruña, 2005, pp. 765-800.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “Anulabilidad” en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 475 y ss.

- “Comentario al art. 83 TRLGDCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 762 y ss.
- La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1990, pp. 7-24.
- “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría), Thomson Reuters-Aranzadi, 2007, pp. 193-223.

- “Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario” en *Culpa y responsabilidad* (coord. Lorenzo Prats Albentosa y Gema Tomás Martínez), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 759-784.

MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P. “El art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato” en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Rodríguez* (coord. Francisco de Paula Blasco Gascó), vol. 2, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1735-1772.

MONTICELLI, S. “Considerazione in tema di nullità parziale, regole de comportamento e responsabilità del notaio” en *Rivista di Diritto Privato*, nº4, 2009, pp. 103-121.

MORALES MORENO, A.M. “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, pp. 455-476.

MORATILLA GALÁN, I. “Contratos: su perfeccionamiento por el mero consentimiento” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 681, 2004, p. 369.

- “Contratos. Legitimación del tercero perjudicado por el contrato para ejercitar la acción de nulidad” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº685, 2004, p. 2544.
- “El contenido real del contrato es el determinante de su calificación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº708, 2008, pp. 1810-1819

MORENO GARCÍA, L. “Acciones ejercitables y acumulación de acciones en materia de cláusulas abusivas” en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coord. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 371-387.

MORENO MOCHOLÍ, M. “Las ‘irregularidades’ en el negocio jurídico” en *Revista de Derecho Privado*, nº 346, enero, pp. 21-29.

MORENO QUESADA, B. *La oferta de contrato*, Nerea, Barcelona, 1963.

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. “Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, anulabilidad y rescisión” en *Actualidad civil*, nº 38, octubre, pp. 2621 y ss.

MUÑOZ ÁLVAREZ, G. “La modernización del lenguaje jurídico” en *Diario La Ley*, nº 7384, 2010.

MURILLO VILLAR, A. “El interés de las partes en el contenido del contrato: de Roma al Proyecto Europeo de Contratos” en *Revista jurídica del notariado*, nº 75, 2010, pp. 369-390.

NARANJO DE LA CRUZ, R. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (coord. M. Paz García Rubio), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 297-308.

- “Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (A la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)”, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 3, 2000, p. 1361-1381.

-

ONDEI, E. “La conservazione dei negozi giuridici mediante interpretazione” en *Riv. Dir. Civ.*, 1964, II, p. 38 y ss..

OPPO, G. *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Zanichi, Bolonia, 1943.

ORTEGA DOMÉNECH, J. “La figura del consumidor y su futura incorporación al Código Civil: a propósito del nuevo texto refundido de la ley general de consumidores y usuarios”

en *Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias (coord. Gómez Gállego, F.J.)* vol.1, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 969-987.

PACHECO GALLARDO, M. “El contrato y sus elementos esenciales” en *Diario La Ley*, nº 8740, 2016.

PAGADOR LÓPEZ, J. “Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Ubaldo Nieto Carol), Lex Nova, Madrid, 2000, pp. 219-300.

PALACIOS MARTÍNEZ, E. “Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico” en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº38, 1998, pp. 41-57.

PALMIERI, A. Y PARDOLESI, R. “Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un revival innovativo” en *Il Foro Italiano*, vol. 143, nº 3, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975.

PANTALEÓN PRIETO, A.F. “Notas sobre la Ley de Contrato de Seguro” en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (coord. por Evelio Verdera y Tuells), vol. 1, CUNEF, Madrid, 1982, pp. 927-942.

PARRA LUCÁN, M.A. “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. Aproximación a la Sección 1ª del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, 2004, pp. 549-638.

PASQUAU LIAÑO, M. “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 289-296.

- *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid.

PERALES VISCASILLAS, M.P. “El derecho uniforme del Comercio Internacional: los principios Unidroit (ámbito de aplicación y principios generales)” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 223, 1997, pp. 221-298.

- “La aplicación jurisprudencial de los principios Unidroit” en *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (coord. José Manuel Serrano Cañas, Antonio Casado Navarro, Javier Pagador López y Luis María Miranda Serrano), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 807-824.

PEREÑA VICENTE, M. “Unificación del derecho contractual: convergencia de los principios UNIDROIT y de los principios del derecho europeo de los contratos” en *El derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI: memoria de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el periodo 2001-2007* (coord. Leonardo B. Pérez Gallardo), 2007, pp. 67-80.

PÉREZ MORIONES, A. “Contratación telefónica o electrónica y condiciones generales: reflexiones tras la derogación del artículo 5.4 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y del RD 1906/1999” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº12, 2004, pp. 33-53.

PÉREZ NEVOT, J.A. “Principios básicos y fundamentos esenciales en la protección del adherente. Regulación de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas. La LCGC. Ámbito de aplicación” en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (coord. José Luis Forte Gorbe y Carolina del Carmen Castillo Martínez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 61-74.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas abusivas predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Actualidad civil*, nº 4, 2002, 1351-1363.

- “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº13, 2013.
- “La nulidad de los contratos” en *Derecho contractual contratado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Sixto Sánchez Lorenzo), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 549-590.
- “Los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios: una doctrina jurisprudencial en auxilio de la hipoteca” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 143, 2016.
- “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario” en *Los contratos de crédito inmobiliario* (coord. Ana López Frías y otros), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 403-437.
- *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2004.

PORTILLO CABRERA, E. Y ROJAS ABASCAL, T. “El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5 (septiembre), 2014, pp. 151-160.

POTHIER, R.J. *Tratado de las obligaciones (versión del Traité des Obligations)*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

POVEDA BERNAL, M.I. “Forma del contrato” en *Código europeo de los contratos: comentarios en homenaje al Prof. Don José Luis de los Mozos y de los Mozos* (coord. Carlos Vattier Fuenzalida), vol. I, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 227-248.

PUCHOL SORIANO, T. “La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en las hipotecas contraídas por un consumidor” en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (coord. María Teresa Alonso Pérez), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, Madrid, pp. 171-192.

QUESADA LÓPEZ, A.J. “La autonomía de la voluntad y el contrato” en *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 145-164.

QUESADA LÓPEZ, P.M. “¿Qué le dice la ejecución hipotecaria al dios de la muerte? — Hoy no». El vencimiento anticipado y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Diario La Ley*, nº 9393, 2019.

QUICIOS MOLINA, S. “22 de mayo de 1997. Arrendamientos urbanos (TRLAU de 24 de diciembre de 1964). de local de negocio. Revisión de renta por aplicación de cláusula contractual. Renta base de la revisión; inalterabilidad de la revisada de mutuo acuerdo” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, 1047-1058.

RABITTI, M. “Art. 1419-Nullità parziale” en *Comentario del Codice Civile* (dir. Enrico Gabrielli), UTET Giuridica, Milán, 2012, pp. 589-602.

RAJOY SOBREDO, M. “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, fascículo IV, 1973, pp. 1027-1060.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español” en *Revista chilena de Derecho Privado*, nº 19, p. 63-114.

RAMPAZZO, N. “Parziale validità de negozio o nullità de una sua parte?” en *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, nº36, 2008, pp. 299-320.

RAMS ALBESA, J.J. “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº216, pp. 2669-2678.

- “El objeto ilícito de los contratos”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1877-1881.

RANIERI F. “Hacia los orígenes del Derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre la pandectística alemán y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico” en *Revista de Derecho Privado de Colombia*, nº28, 2015.

REBOLLO PUIG, M. “La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007: adaptado a las reformas introducidas por las leyes 25/2009 y 29/2009)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 17-53.

REMESEIRO, R. “La función notarial de control de legalidad. Estado de la cuestión en el ámbito de las condiciones generales y las cláusulas abusivas” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº22, 2018, pp- 274-297.

RIBÓN SEISDEDOS, E. *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepin, Madrid, 2017, pp. 197 y ss.

ROBLES VELASCO, L.M. “El futuro Código europeo de los contratos, ¿una nueva recepción?” en *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, octubre, 2010, pp. 56-91.

ROCA GUILLAMÓN, J. “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dir. Ubaldo Nieto Carol), Lex Nova, Madrid, 2000, pp. 301-346.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Arts. 1254 a 1260*, tomo XVII. vol. I, Edersa, Madrid, 1993.

-

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, nº 6, p. 4 y ss.

ROPPO, E. *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, Rivista di Diritto Civile, 1971, pp. 686 y ss.

- *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Zanuchi, Bologna, 1943.
- *Il contratto*, Giuffrè, Milán, 2001.

RUBIO TORRANO, E. “¿Es la donación un contrato?” en *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 2, 2003, pp. 1889-1892.

RUEDA TORTUERO, A. “Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisas: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” en *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 220, 2019, pp. 5-48.

RUIZ MUÑOZ, M. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

RUIZ RUIZ-RICO, J.M. “Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016” en *Diario La Ley*, nº8791, 2016.

RUSO E. “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponible, norma dispositiva, norma supletiva” en *Rivista de Diritto Civile*, vol. 47, nº 5, 2001, pp. 573-600.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. “El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº774, pp. 2077-2091.

SALGADO RAMÍREZ, C. “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering: aproximación doctrinal” en *Revista de Derecho Privado*, nº 22, 2012, pp. 277-298.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. “Sobre la imperatividad de la Ley de contrato de seguro” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. por Juan Luis Iglesias Prada), vol. 3, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2985-3004.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B. Y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Artículo 9. Régimen aplicable” en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, p. 484.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. “La condición de consumidor/a o empresario/a en los contratos con doble (o simple) finalidad y los controles de abusividad (contenido) y transparencia en la contratación entre empresarios/as” en *Derecho privado, responsabilidad y consumo* (coord. Francisco Javier Pérez-Serrabona González y José Luis Pérez-Serrabona González), 2018, pp. 433-479.

SANJUÁN MUÑOZ, E. “Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado: A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17” en *Diario La Ley*, nº9171, 2018.

SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales de Derecho Civil* (trad. Antonio Luna Serrano), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 300 y ss.

SANTOS BRIZ, J. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992.

SARACINI, E. “Nullità e sostituzione di clausole contrattuali” en *Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1971.

SAVATER, R. *Cours de Droit Civil*, II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949.

SCHULTE-NÖLKE, H. “El borrador del marco común de referencia (draft common frame of reference, DCFR) un “restatement” europeo con reglas modelo para facilitar la interpretación de las normas y constituir una referencia legislativa, jurisprudencial y de formulación de contratos” en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil*

européo: *el Marco Común de Referencia, DCFR* (coord. Carmen Jerez Delgado), Agencia Estatal BOE, Madrid, 2015.

SCOGNAMIGLIO, C. “Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del contraente debole” in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 1987, pp. 439 y ss.

SICCIERO, G. “Condizioni generali di contratto” nella in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, pp. 234 y ss.

SELFA PEDRÓS, E. “Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos: su nulidad” en *Revista general de Derecho*, nº2 36, 1964, pp. 362-380.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: artículos 1214 a 1253 del Código Civil*, tomo XVI, vol. II, Edersa, Madrid, 1991, pp. 606-795.

SERRA RODRÍGUEZ, A. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores” en *Derecho privado de consumo* (coord. María José Reyes López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317-364.

SERRANO ALONSO, E. *Manual de Derecho Civil*, Curso I Plan Bolonia, Edisofer, Madrid, 2011.

SIMLER, P. *La nullité partielle des actes juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1969.

STELLA RICHTER, G. “Il principio del negozio giuridico” en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, pp. 411-429.

TAMPONI, M. “Contributto all’egesi dell’art. 1419 c.c.” en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 105 y ss.

THIBIERGE, C. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 441 y ss.

THON, A. Norma jurídica e diritto soggettivo: indagine di teoria generale del diritto (trad. Alessandro Levi), CEDAM, Padua, 1951.

TIMOTEO, M. “Desequilibrios contractuales y adecuación del contrato en los principios Unidroit” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº229, 1998, pp. 1269-1284.

TRAVIESAS, M. “Los negocios jurídicos y su interpretación” en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1925, pp. 33-49.

VALÉS DUQUE, P. *La responsabilidad precontractual*, Reus, Madrid, 2012.

VALLESPÍN PÉREZ, D. “La eficacia de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado tras la STS 463/2019, de 11 de septiembre” en *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, nº141.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Artículo 1261. Requisitos de los contratos”, *Código Civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández), vol. 3, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 626-632.

- “Artículo 1271. Objeto de los contratos”, *Código civil comentado* (coord. Rosario Valpuesta Fernández y otros), vol. 3, 2011, pp. 662-667.

VAQUER ALOY, A. “El ‘soft law’ europeo en la jurisprudencia española: doce casos”, *AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, nº 1, 2013, 93-115.

- “El Marco Común de Referencia”, *Derecho Contractual Europeo* (coord. A. Vaquer Aloy), Olejnik, Buenos Aires, 2017, pp. 239-265.

VAQUERO LÓPEZ, M.C. “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (dir. Sixto Sánchez Lorenzo), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 893-934.

VARGAS BENJUMEA, I. “La nulidad radical o absoluta del contrato”, *Actualidad civil*, nº17, octubre 2006, pp. 2021-2050.

VASSALLI, F. “Il matrimonio putativo”, *Studi Giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 141 y ss.

VATTIER FUENZALIDA, C. “Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo* (coord. José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González), vol. 2, 2004, pp. 4975-4990.

- “El Derecho de europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, pp. 1845-1846.
- “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. Francisco de Paula Blasco Gascó), vol. 2, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2719-2736.
- “Sobre la garantía legal en las ventas al consumo”, *Diario La Ley*, nº7040, 2008.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: actas del. I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores* (coord. Jorge Luis Tomillo Urbina y Julio Álvarez Rubio), Civitas, Madrid, 2008, pp. 640-666

- *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

VEGA CLEMENTE, V. “El negocio jurídico: invalidez e ineficacia”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, nº 20, 2008, pp. 177-234.

VELA TORRES, P.J. “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 18, 2018.

VERGA, A. *Errore e responsabilità nei contratti*, CEDAM, Padua, 1941.

YZQUIERDO TOLSADA, M. Y MUÑOZ GARCÍA, C. “Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 de diciembre de 2016”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 146, 2017, pp. 253-275.

## **Sintesi**

La nullità parziale costituisce un importante fenomeno nell'ambito contrattuale del nostro ordinamento spagnolo. L'argomento è circondato da una certa confusione terminologica e teorie disparate sul concetto, sugli effetti e sul fondamento. Il legislatore spagnolo non ha inserito alcun precetto da cui emerga una definizione chiara e sintetica della categoria di nullità parziale. Insieme all'assenza di un'analisi dottrinale esaustiva, questa circostanza aggiunge una certa complessità sia al suo studio meramente teorico che alla sua applicabilità pratica. In questa tesi di dottorato viene svolta un'analisi dettagliata della nullità parziale dei contratti. Di conseguenza, si approfondisce il problema concettuale, si discutono i diversi ragionamenti teorici e si affrontano i diversi presupposti pratici relativi alla nullità parziale. Questa figura è oggetto di studio in questa mostra attraverso una prospettiva critica, basata su diversi studi accademici generali e monografici della questione e supportata, a sua volta, su riflessioni derivate dalla legislazione e dalla giurisprudenza.

## **Abstract**

Partial nullity of contracts constitutes an important trend of Spanish legal systems contractual field. This topic is submerged in some terminological confusion, and there are a few dissimilar theories about its concept, grounds and effects, as no provision whatsoever has been given by the Spanish lawmaker so as to the definition of partial nullity. These circumstances, together with the lack of an exhaustive analysis from the doctrine, add an undeniable degree of difficulty both to its theoretical study and to its practical use. This doctoral thesis undertakes a detailed analysis of the partial nullity of contracts. Therefore, its problem areas are delved into and its different theoretical reasoning is argued, just before addressing a variety of practical examples. Here, the study of the partial nullity is addressed from a critical perspective, based on a range of both general and monographic academic studies, and supported by reflections arising from legislation and jurisprudence.

## **Resumen**

La nulidad parcial constituye un importante fenómeno en el ámbito contractual de nuestro sistema jurídico. El tema está rodeado de cierta confusión terminológica y teorías dispares sobre el propio concepto, efectos y fundamento. El legislador español no ha incorporado ningún precepto del cual se desprenda una definición clara y concisa de la categoría de nulidad parcial. Junto a la ausencia de exhaustivos análisis doctrinales, esta circunstancia añade cierta complejidad tanto a su estudio meramente teórico como a su aplicabilidad práctica. A lo largo de las próximas líneas se realiza un análisis detallado de la nulidad parcial de los contratos. Consecuentemente, se ahonda en la problemática conceptual, se tratan los diferentes razonamientos teóricos y se abordan diferentes supuestos prácticos relacionados con la nulidad parcial. Esta figura es objeto de estudio en esta exposición a través de una perspectiva crítica, fundamentada en diferentes estudios académicos generales y monográficos de la cuestión y apoyada, a su vez, en reflexiones derivadas de legislación y jurisprudencia.