

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores en el Derecho francés

(Una visión desde España)

Por MIGUEL RUIZ MUÑOZ

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NULIDAD PARCIAL Y CAUSA IMPULSIVA Y DETERMINANTE. LA VOLUNTAD HIPOTETICA. 1. Doctrina jurisprudencial. Crítica. 2. Bilateralidad de la condición impulsiva y determinante. Crítica.—III. LA NULIDAD PARCIAL EN LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL. LA PROBLEMATICA DE LA REDUCCION DEL CONTRATO: LOS PRECIOS TASADOS.—IV. RECAPITULACION: CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD PARCIAL. SOBRE LA IMPUTABILIDAD DE LA NULIDAD PARCIAL.—V. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLAUSULAS ABUSIVAS. 1. Derecho positivo francés: ventajas e inconvenientes. 2. Cuestiones más relevantes: A) Poder judicial y control de cláusulas abusivas. B) La nulidad parcial: nulidad absoluta o nulidad relativa. C) La implicación nulidad parcial-nulidad total.

1. INTRODUCCION

En principio, en el Derecho positivo francés no existe una norma general en materia de nulidad parcial, no obstante, sí que aparecen en su Código civil dos preceptos de cierta amplitud, el artículo 900 referido a los negocios a título gratuito, y el artículo 1.172 a los a título oneroso. Veamos los textos íntegros de estos preceptos:

Art. 900: “Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites”.

Art. 1.172: “Toute condition d’une chose impossible, ou contraire

aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en depend”.

La primera impresión que se desprende de la lectura de los mismos es que se establece la nulidad parcial como regla en el primero, y, por el contrario, la nulidad total en el segundo (1). Pero es en leyes posteriores, fuera del Código civil, donde han venido proliferando este tipo de normas que producen la nulidad parcial amparados en el principio contemporáneo de orden público, tan típicamente propio del Estado intervencionista y tan típicamente propio del ordenamiento jurídico francés (2), pero estas disposiciones rara vez se han ocupado expresamente de solventar la problemática propia de la nulidad parcial: la nulidad o no del contrato o negocio que acoge a la cláusula nula.

II. NULIDAD PARCIAL Y CAUSA IMPULSIVA Y DETERMINANTE. LA VOLUNTAD HIPOTETICA

1. Doctrina jurisprudencial. Crítica

Ha sido justamente la jurisprudencia francesa la que ha afrontado más en profundidad la problemática típica de las nulidades parciales, y la que ha propiciado interpretaciones correctoras —al menos, de su sentido aparente— de los preceptos civilistas que acabamos de ver. En lo que se refiere al artículo 900 del Código civil francés, la jurisprudencia ha tenido buen cuidado en considerar la intención del disponente y evitar que las resoluciones dictadas choquen con ésta. De esta manera, apoyada la jurisprudencia en la noción de causa (arts. 1.131-1.133 del C.c. francés), cuando la cláusula o la parte nula del negocio es a su vez la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, en este caso, no sólo

(1) Vid. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*. París, 1969, p. 3 y ss., junto a estos preceptos hay otros del mismo C.c. fr. que implican la nulidad parcial: artículos que prohíben ciertas estipulaciones (791, 896, 965, etc.), limitan la capacidad de disponer de ciertas personas (481, 904, 908, etc.). En general en la doctrina francesa puede verse: GHESTIN, *Le contrat: formation*, 2.º ed. París, 1988, *Traité de Droit Civil*, T. II, p. 1013 y ss.; WILL-TERRE, *Droit Civil, Les obligations*, 4.º ed., París, 1986, p. 331 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Droit Civil, les obligations*, París, 1985, p. 263 y ss.; MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil, les obligations*, T. I, 2.º ed., 1988, p. 240 y ss.; SCHMIDT-SZALEWSKI, *Droit de contrat (Jurisprudence française)*, París, 1989, pp. 246 y ss.

(2) Vid. SIMLER, op. cit., p. 4, Ley de 1-9-1948, Decreto de 30-9-1953. Decreto 16-4-1955, etc. No obstante, hay que hacer la observación que en la jurisprudencia, la toma en consideración del imperativo de orden público en materia de extensión de la nulidad es más esporádica (SIMLER, op. cit., p. 411 y ss.). También, VINEY, *Les obligations, La responsabilité: effects*, París, 1988, en *Traité de Droit civil (dir. GHESTIN)*, T.V., p. 259 y ss. y 274; SAVATIER, *La théorie des obligations en droit économique*, 4.º ed., París, 1979, p. 161 y ss., y 166 y ss.

aquella será nula sino que todo el negocio será declarado nulo, frente a lo que en principio podía pensarse a tenor del texto del artículo 900 (3). De igual manera, respecto al artículo 1.172, pero en sentido contrario, la jurisprudencia francesa ha venido a modificar con su interpretación lo que el tenor literal del precepto parecía dar a entender. Como hemos visto, cuando se trata de negocios onerosos la solución del derecho positivo era precisamente, ante la nulidad parcial, la nulidad del entero contrato; pues bien, aquí la jurisprudencia siguiendo similar criterio al visto, ha trastocado el sentido aparente del precepto haciendo especial hincapié en el inciso final del mismo. De esta manera se ha llegado al criterio por el cual no se declara nulo el acto en su integridad salvo que el mismo dependa, en la intención de las partes, de la cláusula nula; o lo que es lo mismo, si la cláusula nula constituye la parte impulsiva y determinante del acuerdo (4).

Como se ve, en ambos casos las decisiones jurisprudencias parten de una misma idea, el aspecto básico o no de la parte declarada nula. Veamos a continuación cómo se ha desarrollado esta idea en la jurisprudencia que no ha estado exenta de contradicciones.

Se ha venido a manifestar por la doctrina que la adaptación interpretativa de los preceptos citados por parte de la jurisprudencia ha venido propiciada, en cuanto al artículo 900, por haber perdido su sentido originario (impedir el resurgimiento de las antiguas normas sobre sucesiones), y en cuanto al otro precepto, porque el tenor literal del mismo ha parecido demasiado severo. De esta manera, la jurisprudencia ha adaptado las disposiciones del Código civil sometiendo al mismo régimen a los actos a título gratuito y a título oneroso, en un caso y en otro, la nulidad total será pronunciada si la cláusula o condición ilícita es esencial (5). Se ha producido la aproximación partiendo de dos conceptos claramente diferenciados con el fin de alcanzar el mismo efecto práctico (6): el respeto de la voluntad de los autores de los actos jurídicos.

Estamos ante la voluntad hipotética de las partes como criterio directriz para resolver la extensión o no de la nulidad parcial (7). La jurisprudencia francesa viene utilizando desde hace tiempo el concepto de

(3) Vid. SIMLER, op. cit., p. 5. En estos casos, la jurisprudencia, a la que se ha unido la doctrina dominante, entiende que la causa del negocio está afectada de ilicitud o inmoralidad al referirse a una parte vital del mismo. Ahora bien, respecto a la doctrina, conviene tener presente que el panorama en Francia ha sido hasta fechas bien próximas desolador. La doctrina tradicional ni siquiera ha venido a plantear la problemática que nos ocupa (Cfr. SIMLER, op. cit., p. 6 y 7).

(4) Vid. SIMLER, op. cit., p. 5 y 6.

(5) Vid. supra nota anterior, y también WEILL-TERRE, op. cit., p. 332; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 241; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 264 y 265.

(6) Vid. SIMLER, op. cit., p. 351 y ss.

(7) En la doctrina puede verse SIMLER, op. cit., p. 457 y ss.; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, *Le droit des contrats face a l'évolution économique*, en *Études offerté a R. HOUIN*, París, 1985, p. 19 y ss.; GUESTIN, *Le contrat...*, cit. T. II, 2.º ed., p. 1014.

causa impulsiva y determinante como criterio directriz para aplicar la extensión de la nulidad en las liberalidades, y respecto a los actos onerosos ha sustituido el término más técnico de causa por el de condición, para luego, en definitiva, hacerles cumplir idéntica misión: el respeto al principio de autonomía de la voluntad.

Parte de la doctrina ha criticado, no la finalidad alcanzada con el sistema jurisprudencial, sino los conceptos adoptados, así se ha criticado la adopción de la idea de causa, en tanto en cuanto no se corresponde con la realidad; bajo la terminología de causa impulsiva y determinante la jurisprudencia da cabida a verdaderas condiciones, vitales si se quiere, pero condiciones y no la causa misma de la liberalidad (8). Probablemente ello haya sido consecuencia de la tajante y tradicional separación entre la causa y el motivo en el sistema francés, donde la primera es siempre un elemento integrante y necesario de la obligación o del acto, y el segundo no (9). Respecto a los actos onerosos, aunque la finalidad a la que se llega es similar, no obstante, no se ha caído en el error terminológico; al referirse al artículo 1.172 del Código civil la jurisprudencia no habla ya de causa sino de condición impulsiva y determinante, con esta expresión los tribunales se refieren a una cláusula sin la cual las partes no habrían contratado, es un aspecto esencial del contrato (10).

2. Bilateralidad de la condición impulsiva y determinante. Crítica

Una cuestión interesante que aquí se plantea es si la cláusula nula debe tener la condición de impulsiva y determinante para ambas partes, o sólo para aquella que insta o es beneficiaria de la nulidad integral del contrato. Pues bien, sobre esto aunque en principio los tribunales han venido implícitamente reconociendo la necesidad del carácter impulsivo en ambas partes (11), en otras ocasiones se contentan con admitir el carácter unilateral de la condición impulsiva (12).

Las sentencias son bastante confusas en este punto. Lo que resulta evidente, al decir de SIMLER (13), es que si se pretende dar cumplimiento a la exigencia de bilateralidad (carácter impulsivo en la común intención de las partes) en ese caso el precepto contenido en el artículo 1.172 se hace en la práctica inaplicable. Un contrato nos sitúa ante in-

(8) Vid. SIMLER, op. cit., p. 320 y ss., *passim*, GHESTIN, *Le contrat... cit.*, T. II, 2.º ed. p. 1021 y ss.

(9) Vid. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, trad. esp., México, 1984, p. 150 y ss., especialmente p. 153.

(10) Vid. SIMLER, op. cit., p. 340 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit. p. 1021 y ss.

(11) Vid. SIMLER, op. cit., p. 343 y ss., véase ahí jurisprudencia francesa; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(12) Vid. SIMLER, op. cit., p. 344; GHESTIN, *Le contrat... cit.*, p. 1020.

(13) Vid. SIMLER, op. cit., p. 344.

tereses antagónicos (14): obligaciones recíprocas entre las partes. Lo que quiere decir que las diferentes estipulaciones benefician a una o a otra parte, de ahí, que la esencialidad o no (carácter impulsivo) de los distintos elementos del negocio (objetivamente accesorios o, al menos, no constitutivos del fin mismo del negocio) sólo pueden tener una referenciabilidad unilateral. Frente a una de las partes que solicita la declaración de nulidad de una cláusula, la otra pide, caso de prosperar lo anterior, en demanda reconventional, la nulidad integral del negocio por desaparición de un elemento que, aunque parcial, constituía para ella parte vital del contrato (condición impulsiva y determinante) (15). En definitiva, se nos sigue diciendo (16), poco importa saber si la voluntad hipotética es una voluntad común a las dos partes, siendo una sola la que demanda la nulidad total del contrato es ésta la que ha de demostrar que no habría concluido el negocio sin esa parte, siempre y cuando no alegue motivos personales desconocidos por la contraparte. Con ello, no se trate de legitimizar cualquier motivo que pudiera ser conocido con mayor o menor esfuerzo por la otra parte, sino que de lo que se trata es sencillamente de hacer ver que la justificación alegada para la nulidad total es algo que formaba parte del contrato y que, por tanto, había de ser necesariamente conocido por la contraparte, sin que ello suponga en ningún caso entorpecimiento de los negocios, en general, ni obstaculización al tráfico (17).

Ahora bien, aclarado lo anterior, hay que hacer constar también que la bilateralidad en la causa impulsiva del contrato puede dar lugar a situaciones de mala fe por la parte a la que el hecho de la inexistencia de la cláusula anulada no hubiera impedido alcanzar el acuerdo. Se trata de un supuesto de abuso del derecho (mala fe) que ha sido puesto de manifiesto por los tribunales franceses (18), el perjudicado por la cláusula en cuestión, tras su anulación, solicita la nulidad integral del contrato; y es obvio, que para el mismo la cláusula anulada en ningún caso

(14) Vid. SIMLER, op. cit., p. 343 y ss.; GHESTIN *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(15) Ciertamente, se ha de reconocer que el punto tiene cierto interés y se presta a una reflexión. En el Derecho italiano, se habla en base a su artículo 1.419 C.c. it., de voluntad hipotética de las partes, el texto parece dar la impresión de la necesidad de la bilateralidad en la importancia de la parte nula; pero se trata de una simple apariencia, pues, el problema se ciñe a valorar si la relación entre prestación y contraprestación se mantiene o no después de la nulidad parcial. Por tanto, el carácter impulsivo y determinante de la parte nula sólo puede aparecer claramente con respecto a una sola de las partes (Vid. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6.º ed., Milano, 1983, p. 277 y ss.).

(16) Vid. SIMLER, op. cit., p. 460; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(17) Vid. supra nota anterior, y también GAUDEMET, op. cit., p. 153.

(18) Trib. civil de Seine 20-12-1947, vid. SIMLER, op. cit., p. 128 y ss. y 345 y ss. Sobre esto hay que decir que la resolución es equivocada al acceder a la nulidad total del contrato en base al art. 1.172, C.c. fr., el autor de una promesa de venta consigue la anulación de la cláusula por la que renunciaba a la acción de rescisión por lesión, para después, solicitar la nulidad total de la promesa de venta desprovista de esa parte viciada.

podía ser una condición impulsiva y determinante para la realización o conclusión del contrato, sino que su interés en la nulidad total sólo puede obedecer a razones inconfesables y por tanto, carentes de toda legitimación jurídica (aparición de una mejor oferta en el mercado) (19). De lo contrario, de estar legitimadas estas sinrazones sólo contribuirían a introducir altas cotas de inseguridad en el tráfico. Luego se hace imprescindible deslegitimar cualquier acción de nulidad total que no venga amparada por un interés real por el mantenimiento en el contrato de la cláusula declarada nula (condición impulsiva y determinante). De ahí, la necesidad perentoria de la unilateralidad de la condición impulsiva y determinante (20).

No obstante, no se salvan de esta manera todo posible abuso. Aún persiste la posibilidad por la que la parte a quien aprovecha una cláusula teóricamente nula, pueda instar esta nulidad parcial para a renglón seguido justificar que la misma suponía un elemento determinante y que por tanto solicita la declaración de nulidad total. En esta ocasión la solución anterior no es satisfactoria, el reparto de la carga de la prueba le permite demostrar que constituye un elemento sustancial para el mismo, es necesario acudir a otro elemento de juicio para impedir la actitud maliciosa. En principio, no es posible impedir la nulidad parcial a instancia de parte sin interés económico-jurídico en la misma, como nos dice la doctrina francesa (21), dado que esa nulidad viene encuadrada en el marco de la teoría de nulidades como nulidad absoluta (22); por tanto, no queda otra solución que acudir al principio de buena fe (abuso del derecho) para salvar el fin perseguido por la norma que establezca la nulidad (23).

(19) Sin duda el ejemplo se presta a una reflexión desde el punto de vista del análisis económico del derecho (eficiencia económica), ya que los defensores a ultranza de estos criterios, consideran plausible este abandono contractual siempre y cuando venga acompañado de la correspondiente indemnización al comprador desengañado, consiguiéndose de esta manera el más alto grado de eficiencia en el mercado (vid. POLINSKY, introducción al análisis económico del derecho, trad. esp., Barcelona, 1985, p. 39 y ss.).

(20) Sería cuando menos curioso, nos dice SIMLER (op. cit., p. 345), que un contratante pudiese invocar el art. 1.172 C.c. fr. aportando la prueba de que la cláusula nula es determinante para su contraparte, cuando este último precepto se acomoda mejor a la nulidad de la cláusula, a pesar de estar redactada en su beneficio. Vid. también GHESTIN, *Le contrat*, cit., p. 1020, 1 037 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1986, p. 120.

(21) Vid. SIMLER, op. cit., p. 468.

(22) Vid. GAUDEMET, op. cit., p. 157 y ss.; VINEY, op. cit., p. 300: nulidad relativa; SAVATIER, op. cit., p. 233 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...cit.*, p. 1040 y ss.: interés general: nulidad absoluta.

(23) Vid. SIMLER, op. cit., p. 468 y ss., donde aboga por la aplicación del artículo 1.134-3.º C.c. fr. (Los acuerdos deben ser ejecutados de buena fe para impedir esa utilización maliciosa de la nulidad parcial). Esto hay que conectarlo con uno de los postulados de los que parte su estudio, el concepto de nulidad de JAPIOT (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909, p. 940, cit., por SIMLER, op. cit., p. 28): la nulidad

III. LA NULIDAD PARCIAL EN LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL. LA PROBLEMÁTICA DE LA REDUCCIÓN DEL CONTRATO: LOS PRECIOS TASADOS

En la práctica jurisprudencial nos encontramos con que la nulidad parcial se ha llevado a efecto de tres maneras distintas: la nulidad de una cláusula o de una parte del negocio, por la reducción de la amplitud o de la extensión de un acuerdo, y por último, por la declaración de nulidad de ciertos efectos de una cláusula sin que se opere una paralela modificación de la misma. De ellas, es precisamente la primera, la que dispone de una base legal más o menos sólida y a la que nos hemos estado hasta ahora refiriendo: los artículos 900 y 1.172 del Código civil francés. Y aún hay que precisar más, pues el fundamento legal citado sólo se ha utilizado en materia de actos simples; respecto a los actos complejos, el apoyo judicial ha venido sustentándose en la noción de indivisibilidad en conjunción con la autonomía de la voluntad, de tal manera que partiendo de la existencia de una cierta autonomía de las distintas partes del acto complejo, se aplica el adagio romano "utile per inutile non vitiatur". Pero, si en base de la autonomía de la voluntad las partes han considerado indisoluble el negocio en todos sus elementos, en ese caso, el juez deberá estar por esta voluntad y extender la nulidad (24).

Cuando se habla de reducción lo que se produce es una modificación en un punto concreto (una cantidad, una cifra) sin alterar para nada el conjunto del acuerdo. Aunque los casos de reducción recogidos en la ley (25) o adoptados por la jurisprudencia son numerosos, sin embargo, las dudas persisten en toda esta materia (26); la no especificación por el legislador de los efectos de normas prohibitivas o sancionadoras de excesos, da lugar a que los jueces tiendan hacia posturas tradicionales

es una sanción que debe adaptarse al fin de la regla... (vid. en esta línea también a GAUDEMET, op. cit., p. 163 y ss.; más modernamente, DURRY, p. 661 y ss., y CHEVALLIER, M.J. p. 513 y ss., ambos en el T. XIV, 1965 de L'Association Henri Capitat: Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil). Como dice SIMLER (op. cit., p. 29 y ss.), la sanción debe atender al fin sin superarlo, sólo aquello prohibido debe ser anulado, el adagio romano "utile per inutile non vitiatur" aparece fielmente reflejado; no obstante, continúa diciendo, este principio debe ser atenuado en sus consecuencias para no llegar a ser arbitrario, y para ello se cuenta con el principio de autonomía de la voluntad (vid. también GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 676 y ss., y 1 037 y ss.).

(24) Vid. SIMLER, op. cit., p. 159 y ss. y 379 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 230; GHESTIN, *Les contrats...*, cit., p. 1033. Estos autores ponen de manifiesto el uso abusivo y confuso por parte de los tribunales de la noción de indivisibilidad (subjética) en las operaciones complejas, pero mientras SIMLER se limita a precisar que el verdadero criterio a seguir es el principio de autonomía de la voluntad, GHESTIN, por su parte, considera que de lo que hay que hablar es de esencialidad o no de la fracción anulada a los ojos de alguna de las partes.

(25) Vid. SIMLER, op. cit., p. 283 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1052 y ss.

(26) Vid. supra nota anterior.

y claramente conservadoras. Sin duda, el aspecto más infeliz de este desarrollo jurisprudencial se viene manifestando en lo tocante a los precios tasados, precios fijados imperativamente por el Estado o alguno de sus Entes públicos, son razones claramente de orden público económico las que llevan a este tipo de imposiciones en el mercado y que vienen siendo típicas del intervencionismo económico francés (27).

Por todo esto, resulta mucho más chocante la solución jurisprudencial: nulidad total de orden público como sanción ante la infracción de una normativa sobre precios. En esta materia, se viene a decir, este ejemplo constituye una de las secuelas más significativas del arcaísmo y de la arbitrariedad de la teoría clásica de las nulidades, y donde se manifiesta de manera flagrante la oposición entre el fin de la ley y la sanción pronunciada (28). La base racional de estas decisiones judiciales es que, al ser el precio ilícito, por contrario a la norma, y siendo este elemento del contrato esencial al mismo, produce como consecuencia la nulidad total; también aquí aparece, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, el miedo y el rechazo a la intervención del juez, éste no puede constituirse en voluntad de las partes y reducir una de sus estipulaciones, así que, si la ley no ordena la reducción sólo queda la nulidad integral del contrato (29). Pero para llegar a tal resultado se obvia el recurso al artículo 1.172, el recurso interpretativo de la voluntad de las partes, o mejor dicho de la parte a quien beneficia la nulidad parcial reductiva. No es necesario ahondar en grandes razonamientos para ser consciente de que la parte a quien protege la norma sobre precios, no considerará lo reducido, como una condición impulsiva y determinante que le hubiera impedido contratar, mas bien será todo lo contrario; y por otra parte, a quien perjudica la reducción por imperativos legales, difícilmente podrá justificar el aspecto impulsivo y determinante sino es sobre postulados de mala fe (30). En definitiva, apoyada en el carácter de orden público, la jurisprudencia, como hemos dicho, opta por imponer la nulidad de manera claramente contraproducente. Veamos algo más sobre esto a continuación.

En materia de precios tasados el resultado de la declaración de una nulidad total es plenamente ineficaz. La solución acorde con el sentido y finalidad en este punto de la norma de orden público económico es justamente la nulidad parcial. Es una sanción suficiente, el precio no es ilícito más que en la medida en que resulta excesivo y sin que se trata de una causa ilícita. De lo contrario, caso de dejar alguna puerta abierta a la nulidad total, las consecuencias son claramente perjudiciales para

(27) Vid. SIMLER, op. cit., p. 283 y ss., y 397 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 166 y ss.

(28) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1054; SIMLER, op. cit., p. 283.

(29) Vid. SIMLER, op. cit., p. 284, y jurisprudencia ahí citada; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1055; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, G., op. cit., p. 23 y ss.

(30) Vid. SIMLER, op. cit., p. 211 y ss., 285 y 395 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

aquella parte que se pretende proteger: abstención y denuncias inopórtunas. En una palabra, condenar al silencio los posibles atentados al orden público contractual (31).

Modernamente, jurisprudencia y doctrina, han evolucionado de manera importante en favor de una mayor influencia del orden público económico en los contratos evitando el recurso a la nulidad total (32). Particularmente se refleja esta tendencia en materia de cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, su análisis judicial y doctrinal deja ver con claridad que, el denominado orden público contractual de protección (33) juega un papel vital en la reducción o eliminación de la eficacia de esas cláusulas, al menos en presencia de una falta grave (34).

(31) Vid. sobre esto FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, p. 362 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 284 y ss., y 401 y ss.; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 265. Desde el punto de vista práctico, ya se trate de normas de orden público de interés general (medidas deflacionistas) o bien de finalidad más particular (protección a determinados segmentos de la población), en ambos casos, si de verdad hay un interés público en que la sanción o prohibición se aplique, en materia de actos entre particulares, hay que contar con la iniciativa de una de estas partes, lo que difícilmente sucederá si no se incentiva a la parte presuntamente beneficiada con la aplicación. El incentivo necesario lo constituye la sanción con carácter imperativo de la nulidad parcial, de no ser así, ante el riesgo de una nulidad total ningún interés se le ofrece a la parte en cuyo beneficio se dicta la norma, dado que asumiría el riesgo de la posible nulidad total. No obstante, hay que dejar constancia, que la doctrina tradicional (al igual que la jurisprudencia) ha sido reacia a aceptar la intervención de la noción de orden público en la determinación de la extensión de la nulidad, sino que por el contrario ha venido considerando que a falta de texto explícito el criterio tradicional no puede ser descartado (art. 1.172 C.c. fr.).

(32) Vid. SAVATIER, op. cit., p. 152, 161 y ss., 231 y ss.; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 2.º ed., París, 1986, p. 161 y ss., 289 y ss.; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 265; GHESTIN, *Le contrat...*, p. 1034 y ss., 1 056 y ss.; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 241. Puede verse también la propuesta de la Commission de refonte de droit de la consommation, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation* (en *Documentation française*, 1985, p. 90).

(33) Vid. VINEY, op. cit., p. 256 y ss., 274 y ss., y 312; GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 92 y ss.

(34) El dolo y la falta grave son dos conceptos que han sido asimilados en un mismo tratamiento y que su presencia hace decaer las posibles cláusulas de elusión de responsabilidad contractual. Esta tesis ha recibido un importante impulso recientemente a partir de la sentencia de la *Chambre commerciale* de 7 de mayo de 1980 (Cas., J.C.P., 1980, II, 19.473, cit. en VINEY, op. cit., p. 312), en la misma se afirma que la asimilación de la falta grave o dolo tiene un valor de principio y que en presencia de una falta grave todas las limitaciones de responsabilidad deben ser descartadas. El ámbito de esta regla (comparada a la doctrina inglesa del "fundamental breach of contract", pero que también ha sido rechazada por la jurisprudencia belga), aparece hoy más amplia que la definición de falta grave que se ha ensanchado hasta englobar toda suerte de faltas a las reglas contractuales, tanto si se trata de imprudencia o de negligencia psicológicamente excusables o de la inobservancia de obligaciones de resultado, en tanto la falta tenga consecuencias graves o equivalga a una inexecución total. Por otra parte, actualmente existe una tendencia constante en la jurisprudencia a calificar de falta grave las infracciones o incumplimiento de los profesionales (empresarios) a las obligaciones que contraen frente a no profesionales o consumidores, con el fin de descartar, lo más frecuentemente posible, la aplicación de

Y, se nos viene a decir, en conclusión, que, aunque ni la ley, ni la jurisprudencia, hasta el momento presente han afirmado de forma general la nulidad de estas disposiciones o acuerdos convencionales, ambas están conjugando sus esfuerzos para restringir sus efectos (35); especialmente tiende a generalizarse hoy día en las relaciones entre profesionales (empresarios) y consumidores (36).

IV. RECAPITULACION: CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD PARCIAL. SOBRE LA IMPUTABILIDAD DE LA NULIDAD PARCIAL

Retomemos el objeto central de nuestro interés, y a la par sinteticemos el estado de la cuestión en la doctrina francesa: ¿cuáles son las consecuencias de la admisión de la nulidad? ¿desaparece sólo la cláusula afectada o entraña la nulidad del contrato? (37). Pues bien, en ciertos supuestos en los que la ley deja entrever con más o menos claridad su intención, no se plantea, en principio, mayores problemas. Tal es el caso en los que la norma habla de “reputées non écrites” o “nullité entraîne pas celle du contrat”, las cláusulas desaparecen dejando subsistir al contrato (38). Pero cuando la ley no dice nada al respecto después de acordar la nulidad, o bien ésta surge por iniciativa judicial, la doctrina considera que a priori deberá aplicarse la distinción habitualmente admitida entre las cláusulas que tienen una influencia decisiva sobre el consentimiento de las partes; y por otro lado, las que no se consideran condición impulsiva y determinante del contrato. La base legal de la distin-

cláusulas restrictivas de la responsabilidad que pretendan oponer. De esta manera, aunque desde 1948 la “Cour de Cassation” tiene admitido que en presencia de una falta ordinaria las cláusulas de responsabilidad son plenamente válidas, a pesar de esto, la verdad es que a la vista de la jurisprudencia de los últimos años, se constata que existe un pequeño número de decisiones que han ordenado la aplicación de elementos de no-responsabilidad, frente a un importante número de sentencias que las han rechazado por diversas razones (vid. sobre todo esto, VINEY, op. cit., T.V. p. 256 y ss. 311 y ss.; Idem. op. cit., T. IV, p. 726 y ss., passim; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1059 y ss.).

(35) Como es obvio, estamos ante esa otra fórmula o técnica jurídica a través de la cual la jurisprudencia ha puesto en práctica la nulidad parcial: declaración de nulidad de ciertos efectos de una cláusula sin que se opere una paralela modificación de la misma (una técnica jurisprudencial que quizá esté muy próxima a la utilizada por nuestro Tribunal Constitucional en las denominadas sentencias interpretativas). Sobre el tema que nos ocupa, puede verse SIMLER, op. cit., p. 293 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 275 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1059 y ss.

(36) Vid. supra nota anterior, y nota 33. También BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, G., op. cit., p. 20 y 21; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

(37) En similares términos es planteada la cuestión por la doctrina más reciente, VINEY, op. cit., T.V. p. 301; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1009 y ss.

(38) Vid. art. 1.792-5 C.c. fr. y especialmente el art. 35 de la Ley 78-23, de 10 de enero. Sobre esta Ley véase infra en el texto. En la doctrina francesa, VINEY, op. cit., T.V. p. 301; SIMLER, op. cit., p. 410; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1009 y ss. y 1 034 y ss.

ción es el conocido artículo 1.172 del Código civil francés que, como ya sabemos, dará lugar a la nulidad total del contrato sólo en el primer caso (39). Pero, sin embargo, parece que ya las cosas no están tan claras en este punto, y se atisban posiciones decididamente en la línea de la mantenida por SIMLER (40).

Efectivamente, en la actualidad existe una parte importante de la doctrina que considera que la nulidad de una cláusula restrictiva de la responsabilidad contractual no produce la anulación del contrato (41). En apoyo de tal opción se alude, caso concreto de las restricciones sobre la responsabilidad, a que difícilmente una cláusula de este tipo aparecerá como condición impulsiva y determinante del acuerdo. Pero en lo que se pone especial énfasis es en un aspecto al que venimos aludiendo expresa e implícitamente con reiteración, esto es, al hecho por el cual la anulación del contrato produciría un efecto diametralmente opuesto al perseguido por la parte que solicita la nulidad de la cláusula, sería un obstáculo para la interposición de la acción de responsabilidad que el perjudicado pudiese alegar en base al contrato incumplido o mal ejecutado (42). A pesar de esta tendencia, hoy favorable a la nulidad parcial y mantenimiento del contrato, existe otro grupo de autores que se sitúan en contra y están por tanto a favor de la nulidad total del contrato (43), el argumento base sigue siendo el ya conocido de la esencialidad del elemento anulado (44).

Más concretamente, se viene a distinguir según el interés protegido por la norma sancionadora. Si se trata de un interés particular, procede una nulidad relativa, en caso de un interés general una nulidad absoluta. De ahí que, en el primer caso, la solución correcta sea sólo permitir el ejercicio de la nulidad parcial a la parte protegida por la norma, e impedir el planteamiento de la nulidad total a ambas partes, especialmente a la parte no protegida por la nulidad parcial. De lo contrario, se podría supeditar la obtención de los bienes y servicios que se ofrecen a la aceptación de las cláusulas abusivas. Si se está ante un interés general, obviamente ambas partes pueden instar la nulidad parcial al tratarse de una nulidad absoluta; pero por lo que se refiere a la nulidad total, sólo debe permitirse a aquella parte que pruebe o justifique la importancia

(39) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., 1.014 y ss.; VINEY, *op. cit.*, p. 301 y ss.

(40) SIMLER, *op. cit.*, p. 26 y ss., y 311 y ss. y 451 y ss.

(41) Vid. MALAURIE-AYNES, *Les contrats spéciaux...*, cit., p. 142; VINEY, *p. cit.*, T.V., p. 301; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 676 y ss., y 1 016 y ss.

(42) Vid. especialmente VINEY, *op. cit.*, T.V. p. 301; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, *G.*, *op. cit.*, p. 24; CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 161; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1038 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., p. 265. A pesar de todo el juez se va reconociendo, en ciertos casos, poder para remodelar algunos puntos esenciales del contrato para asegurar, no obstante el cambio de circunstancias, su eficacia.

(43) Vid. CARMET, O., *Reflexion sur les clauses abusives au sous de la loi, n.º 78, 23 de 10 janvier 1978, Riv. trim. dr. com.*, 1 982, p. 1 y ss.

(44) Vid. especialmente CARMET, O., *op. cit.*, p. 30.

esencial para sí de la cláusula litigiosa a fin de tener en cuenta la voluntad de las partes (45).

En ambos casos, intereses particulares o generales, la jurisprudencia francesa no es unánime. Respecto al primero, la tendencia imperante camina en la dirección indicada, respecto al segundo, es de resaltar que en algunos supuestos no se permite a la contraparte alegar el aspecto esencial como argumento de la nulidad total, manteniendo válido el contrato en lo restante; en innumerables sentencias se viene argumentando en este sentido, puesto que de lo contrario se truncaría la eficacia de la sanción (fin de la norma), incluso se habla de fraude a la ley cuando se hace expresa mención en el contrato del carácter determinante de una cláusula ilícita de estabilización (46). En la doctrina se pueden leer claras lamentaciones sobre esta fastidiosa incertidumbre jurisprudencial, pero se señala decididamente que la eficacia de la sanción y su conciliación necesaria con el respeto a la voluntad de las partes, conduce a admitir, al menos en ciertos casos, una modificación positiva del contrato, y ésta es hoy la orientación de la jurisprudencia (47).

Por otra parte, de muy positiva se puede calificar la tendencia jurisprudencial que viene a negar al culpable de haber ocasionado la nulidad la posibilidad de instarla, al menos cuando no están en juego intereses generales. De este modo, al rechazar la anulación, se mantiene el contrato en vigor como mejor fórmula para proteger los intereses del perjudicado por la posible nulidad. En este sentido se pronuncia también la doctrina (48). Con ello se viene a abandonar en parte el régimen jurídico de la culpa in contrahendo, el interés negativo, y por contra, se propicia una sanción in natura, la ejecución del contrato, lo que nos lleva hacia el interés positivo (49). En definitiva, como nos dice GHESTIN (50), así se comprende entonces porque en los repertorios de jurisprudencia apenas aparecen sentencias con condenas de daños y perjuicios pronunciadas contra un demandante de nulidad después de la declaración de la misma. Lo que sucede es que en estos casos, se prefiere simplemente rechazar anular el acuerdo.

(45) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

(46) Vid. *supra* nota anterior.

(47) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1043 y ss., WEILL-TERRE, *op. cit.*, p. 332; MALAURIE-AYNES, *Le obligations...*, cit., p. 265 y ss.; también *infra* en texto y nota 97.

(48) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1091 y ss.; WEILL-TERRE, *op. cit.*, p. 348 y ss.; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 246 y ss.

(49) Vid. dos primeras referencias bibliográficas de la nota anterior, y también en general sobre la culpa in contrahendo puede verse: ASUA, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1990, p. 200 y ss., y también MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, p. 90 y ss.

(50) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1091.

V. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

1. Derecho positivo francés: La ley 78-23, de 10 de enero, sobre protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas y el Decreto 78-464, de 24 de marzo, sobre tutela e información de los consumidores. Ventajas e inconvenientes

Por último, en el marco del Derecho francés, hay siquiera que hacer un breve comentario a una norma que ha surgido siguiendo la pauta de algunos derechos europeos en materia de defensa de los consumidores, nos referimos a la Ley 78-23, de 10 de enero de 1978, y concretamente a su capítulo IV que trata de la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, y al Decreto que la desarrolló 78-464, de 24 de marzo de 1978, sobre la tutela e información de los consumidores y usuarios (51).

Ciñéndonos a lo que especialmente nos interesa, podemos decir que la ley citada comprende dos procedimientos para luchar contra las cláusulas abusivas (52), en primer lugar, el poder ejecutivo mediante Decreto del Consejo de Estado (a solicitud de la Comisión de cláusulas abusivas) puede prohibir, limitar o reglamentar las cláusulas abusivas más intolerables (53). En segundo lugar, la citada Comisión de cláusulas abusivas (54), podrá examinar los contratos habitualmente propuestos a los consumidores y recomendar la modificación o supresión de las cláusulas que considere abusivas. Pero como es natural, estas recomendaciones son sólo eso, y están bien distantes en su eficacia de las decisiones gubernativas de carácter imperativo; de ahí, que se hable por la doctrina mayoritaria que ejercen una simple presión moral sobre los profesionales o empresarios y en todo caso para ser mínimamente eficaces estarían necesitadas de una amplia publicidad (55).

No obstante, otros autores (56) afirman que el juez, en las relacio-

(51) Ambos textos pueden verse en BIANCA, *La condizioni generali di contatto*, Milano, 1979, p. 291 y ss., también sobre los precedentes del Derecho francés CALAIS-AULOY, op. cit., p. 165 u ss; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 670 y ss; CAS-FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, París, 1986, p. 4 y ss.

(52) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 170 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 687 y ss.

(53) Vid. artículo 35-1 de la Ley precitada en el texto (vid. supra nota 51).

(54) La composición de la Comisión de cláusulas abusivas se contiene en el artículo 36 de la ley precitada; en el artículo 37-2, se recoge quienes pueden convocar o iniciar el procedimiento por la Comisión.

(55) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 171, a continuación en el texto, y referencias bibliográficas en infra nota 70.

(56) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 698 y ss., a continuación en el texto, y referencias bibliográficas infra nota 80.

nes entre las partes, tendría poder para anular una cláusula en base al criterio general de cláusula abusiva establecido por el artículo 35 de la ley antes citada, sin necesidad de contar con el decreto de cobertura.

Hasta el momento presente sólo un Decreto ha sido promulgado en aplicación de la Ley precitada, se trata del Decreto también citado de 24 de marzo de 1978. Decreto que ha sido recortado en sus efectos por decisión de la jurisdicción administrativa francesa (57): anulación del artículo 1 del Decreto en el que se contenía la norma por la que se prohibían, por abusivas, las cláusulas que tuviesen por objeto o por efecto constatar la adhesión del consumidor a estipulaciones contractuales que no figuran en el escrito que firma. En lo que permanece, la norma reglamentaria establece que se consideran como abusivas, tanto aquellas cláusulas que en el contrato de venta suprimen el derecho a la reparación del vendedor cuando el empresario incumple alguna de sus obligaciones (garantía legal, retraso en la entrega), como aquellas otras, que reserven al empresario o profesional el derecho a modificar unilateralmente las características del bien a entregar o del servicio a prestar. No obstante esto último, se permiten, bajo ciertas condiciones, las modificaciones dependientes del desarrollo tecnológico (58). La disposición reglamentaria se completa con una imposición para el empresario de carácter informativo, consistente en la necesidad de hacer constar en aquellos contratos que incluyan una garantía convencional que, en todo caso, será de aplicación la garantía legal (59).

Antes de pasar a ver los aspectos que especialmente nos interesan y que sin duda son los de mayor enjundia jurídica de la nueva ley, veamos una rápida apreciación de conjunto de la misma a la luz de la doctrina especializada (60). Lo primero que se constata es una tendencia en detrimento del poder judicial y a favor de la administración, que como ahora veremos se incluye entre los inconvenientes de la ley. Entre las ventajas de la disposición se suelen incluir dos aspectos: por un lado, que la eliminación de las cláusulas abusivas se puede realizar sin necesidad de esperar al planteamiento de un litigio, por otro, frente a la decisión judicial que sólo surte efecto entre los litigantes, un Decreto o una Recomendación se aplica a todo un conjunto de contratos lo que permite se adapte mejor al fenómeno de masas: caldo de cultivo de los contratos predirigidos. Pero, como vamos a ver, estas ventajas quedan totalmente desvanecidas a la vista de los inconvenientes que la norma

(57) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 174.

(58) Vid. art. 2 y 3 del Decreto de 24-3-78. En la doctrina CALAIS-AULOY, op. cit., p. 172 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 279 y ss.

(59) Vid. art. 4 del Decreto de 24-3-78, y arts. 1.641 y ss. C.c. fr. La doctrina, CALAIS-AULOY, op. cit., p. 173.

(60) Especialmente nos sirve de guía CALAIS-AULOY, op. cit., p. 176 y ss. Vid. también GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 676 y ss. VINEY, op. cit., T.V. p. 261 y ss.

presenta en su puesta en práctica, principalmente por la falta de voluntad política en el desarrollo de la misma.

Entre los inconvenientes de la ley de 1978 se suelen incluir los siguientes. En principio, el sistema está carente de cierta flexibilidad, no se piensa en absoluto en posibles casos particulares. En segundo lugar, otro inconveniente de mayor gravedad es que, como los hechos se han encargado de demostrar, el poder ejecutivo se ha mostrado insensible a las situaciones de desigualdad contractual, como lo prueba el dato de un solo decreto de desarrollo de la ley a lo largo de una década de vigencia (61). Frente a esto, se considera que estaría sin duda mejor asegurada la protección a los consumidores por los tribunales, más sensibles a esta problemática, y no tan preocupados como el gobierno por no incomodar a las empresas especialmente en épocas de crisis económica (62). Incluso se llegan a plantear ciertas dudas sobre la constitucionalidad del sistema ideado (63). En tercer lugar, se recoge un inconveniente que muy recientemente ha sido subsanado, nos referimos a que la ley no había previsto medios eficaces para obligar a los empresarios a suprimir las cláusulas abusivas de sus contratos (64).

Ante tales alegatos sobre la ineficacia del sistema creado en 1978, la "Commission de refonte du droit de la consommation" ha elaborado una propuesta donde se recogen una serie de medidas que podrían hacer más eficaz la lucha contra las cláusulas abusivas (65), entre éstas, des-

(61) Por contra, la Comisión de cláusulas abusivas viene demostrando un cumplimiento plenamente satisfactorio de la labor encomendada, como nos dice VINEY (op. cit., T.V. p. 263 y ss., nota 52), hasta el 30 de marzo de 1987, había emitido veinticinco recomendaciones proponiendo la supresión de diversas cláusulas limitativas o elusivas de responsabilidad, o de garantías contractuales en perjuicio del consumidor. Por otra parte, esta desidia del ejecutivo francés ha venido a confirmar los malos augurios que sobre la Ley se cernían, y especialmente sobre el mecanismo ideado por la misma (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 176; CARMET, O., op. cit., p. 31; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 675 y ss., y 687 y ss; VINEY, op. cit., T.V. p. 263).

(62) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 177. En los trabajos prelegislativos, se puede comprobar que inicialmente el proyecto gubernamental confiaba el control al juez, pero a lo largo de los debates parlamentarios, se puso de manifiesto cierta desconfianza en la actitud de los tribunales para ejercer este tipo de control, lo que fue decisivo para aprobar el texto definitivo (VINEY, op. cit., T.V., p. 264, GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 687 y ss.; CARMET, O., op. cit., p. 3 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 170).

(63) Vid. CARMET, O., op. cit., p. 3.

(64) Las recomendaciones no tienen fuerza obligatoria, los decretos aunque imperativos no comportan otra sanción que la nulidad de las cláusulas prohibidas, por último, cuando la acción es interpuesta por las asociaciones de consumidores, corre el riesgo de chocar con la jurisprudencia que la declare inadmisibles en ausencia de infracciones penales (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 177 y 178, y nota 1 de esta última página donde recoge jurisprudencia reciente en el sentido indicado).

(65) Además de la citada *infra* en el texto, la Comisión propuso suprimir el reenvío a los decretos, y trazar o recoger en la Ley una lista de cláusulas abusivas, subdividida, en una para las cláusulas necesariamente abusivas, y otra para las presumiblemente abusivas, con lo que se podrían salvar ciertos casos particulares (como es sabido, se estaría siguiendo

taca por su importancia y porque ya ha sido recogida por el Derecho positivo, la siguiente: creación de una verdadera acción de cesación, que pudiera ser ejercida por el Ministerio público o por las asociaciones de consumidores ante los tribunales civiles. Y como decimos, por ley de 5 de enero de 1988, en su artículo 6, se establece que las asociaciones de consumidores podrán, siempre que demuestren que una cláusula ilícita “porte atteinte” al interés colectivo de los consumidores, solicitar al juez o tribunal ordene al demandado suprimir esta cláusula del contrato o tipo de contrato propuesto a los consumidores. Igualmente podrán solicitar a la jurisdicción civil que ordene, ante cláusulas penales, la supresión de las cláusulas abusivas en los modelos de acuerdos habitualmente propuestos por los empresarios o profesionales a los consumidores (66).

2. Cuestiones más relevantes

Para finalizar con este estudio del Decreto francés, hagamos alusión a tres cuestiones que plantea la citada ley de 1978 y que como veremos están íntimamente relacionadas con el tema central de nuestro trabajo. La primera de ellas es la referida a la armonización del sistema implantado por la ley con el sistema tradicional del control judicial, la segunda, si la nulidad plasmada en la ley ha de considerarse como nulidad absoluta o relativa, y por último, si cabe la posibilidad de que la nulidad parcial o nulidad de determinadas cláusulas consideradas abusivas dé lugar a una nulidad total. Pues bien, pasemos a ver cada uno de estos puntos.

A) *Poder judicial y control de cláusulas abusivas*

Sobre el primer punto, un grupo importante de autores considera que la delegación de poder dada por la ley de 1978 a la autoridad administrativa, priva al juez de toda posibilidad de censurar las cláusulas abusivas, al menos en los contratos concluidos entre empresarios o pro-

do de esta forma el modelo alemán de la AGB-G de 1976). Por otra parte, es deseo de la Comisión que, aunque no se trate de infracciones penales, los agentes gubernamentales reciban como misión investigar y constatar la presencia en los contratos de cláusulas abusivas prohibidas por la Ley. De esta constatación se daría traslado al Ministerio público con miras a la interposición de una acción civil. Por último, también se ha considerado la conveniencia de dar fuerza obligatoria a los acuerdos colectivos sobre el contenido de un determinado contrato (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 178; Propositions pour un nouveau droit de la consommation, en la Documentation française, 1985, p. 56 y ss.; CAS-FERRIER, op. cit., p. 7, 25 y ss., 159 y ss., y 172 y ss.).

(66) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 302 (hoja complementaria); GHESTIN, *Le contrat...*, cit., 705 y ss.; e infra nota 73.

fesionales y consumidores (67); a lo que hay que unir, el criterio en igual sentido de algunos tribunales regionales (68). Entre estos últimos, la Cour de París en resolución de 22 de febrero de 1986, viene a justificar su postura con el argumento siguiente: derogado el principio contenido en el artículo 1.134 del Código civil..., la ley de 10 de enero de 1978 sobre protección de los consumidores y el decreto de aplicación no son susceptibles más que de interpretación restrictiva... y que el artículo 35 de esta ley reserva en adelante solamente al poder reglamentario la apreciación del carácter abusivo de tales cláusulas y la determinación de los contratos en los cuales su inserción está prohibida o reglamentada (69).

Frente a la opinión anterior más o menos generalizada, otro sector no despreciable de la doctrina francesa considera que, si bien la ley del 78 no da al juez nuevas prerrogativas, salvo aquella de constatar la nulidad de las cláusulas que chocan con la prohibición contenida en el decreto de aplicación del artículo 35 de la ley, ello no supone privarle del poder que tenía reconocido antes, concretamente de la facultad de censurar las disposiciones contractuales que chocan con ciertos principios generales: cuando no se respetan las normas fundamentales del contrato, la buena fe contractual o el orden público. Este control también se podría extender en base al concepto de abuso de poder económico al que se alude en la ley, no sería sino una simple variante de la noción de abuso del derecho (70). Por otro lado, frente a la dejación administrativa en la promulgación de decretos sucesivos, los tribunales han pro-

(67) CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, WEILL-TERRE, op. cit., p. 260 y ss.; FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, V.I., p. 141.

(68) Cour de Aix en Provence 20 marzo 1980, Recueil Dalloz, 1982, p. 131, nota P. Delebeque (citado por VINEY, op. cit., T.V. p. 265); Cour de París, 22 febrero 1986, Recueil Dalloz, p. 563, nota P. Delebeque (vid. VINEY, op. cit., T.V. p. 265, GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 702).

(69) Vid. supra nota anterior.

(70) Vid. especialmente VINEY, op. cit., T.V. p. 259 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 701 y ss. nota 168. También MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., p. 227; BERLIOZ, *Droit de la consommation e droit des contrats*, JCP, 1979, I, n.º 2.954, n.º 24. CALAIS-AULOY (op. cit., p. 171 y 172), por su parte, adopta una postura dubitativa, pero, a nuestro juicio, más inclinada en el sentido últimamente propuesto en el texto, como lo prueba el hecho de que al preguntarse por el lugar que ocupa el juez en el sistema de la Ley de 1978, responde que sin duda juega un papel; en principio, debe asegurar la aplicación del decreto, y, ante el supuesto de cláusulas abusivas no recogidas en ningún decreto, entiende que la solución es mucho más dudosa. Por un lado, la lectura de la Ley puede apoyar la intervención de los tribunales a declarar nula una tal o cual cláusula, por otro, los debates parlamentarios parecen desacreditar a los Tribunales. Mientras que por último, las recomendaciones están desprovistas de valor jurídico y no pueden servir de base a una condena judicial. Más recientemente (vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 702 y ss.), CALAIS-AULOY, con apoyo en una sentencia de la Cour de Cassation de 16 de julio de 1987, recibida como "un resplandor de esperanza en la lucha contra las cláusulas abusivas", entiende que la Suprema corte judicial implícitamente admite que una cláusula puede ser juzgada abusiva sobre la base la Ley de 1978 y sin la cobertura reglamentaria del Decreto.

bado su competencia en el control de determinadas cláusulas, como es el caso de las cláusulas penales (71). Y en fin, también se barajan como argumentos a tener en cuenta, el dato de la existencia de anteproyectos de ley que otorgan competencia a los jueces para determinar cuando se producen situaciones de abuso de poder económico en el mercado (72); o incluso, se alude al poder general de censura de que están dotados los tribunales, lo que permitía atacar las cláusulas donde se manifiesta el abuso de una posición de poder económico, para lo que se podría contar con la utilización de las recomendaciones, no como reglas de derecho directamente aplicables, sino como medio de información de la realidad (73).

B) *La nulidad parcial: nulidad absoluta o nulidad relativa*

Otra de las cuestiones a las que aludíamos antes es la referida a qué tipo de nulidad dará lugar la aplicación de la ley, a una nulidad relativa, o bien a una nulidad absoluta, con las consecuencias que ello implica (74). Ahora bien, hay que dejar constancia desde un principio, que en la práctica, el hecho de que se trate de una nulidad u otra no producirá ninguna consecuencia jurídica especial. Y ello, porque como nos dice VINEY (75), la víctima eventual de un daño, no se plantea generalmente atacar la cláusula presumiblemente abusiva en tanto la misma no se le intente alegar para rechazar la pretensión de indemnización que reclama (76). No obstante lo anterior, la verdad es que la cuestión constituye un tema candente en la doctrina francesa.

(71) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 265, donde cita la Ley de 9 de julio de 1975.

(72) Vid. sobre el anteproyecto de ley de adaptación al Derecho francés de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad del fabricante: VINEY, op. cit., T.V. p. 265; GHESTIN, La directive communautaire e sou introduction en droit français, en Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, París, 1987, p. 111 y ss.; MARKOVITZ, La Directive CEE du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits defectueux, París, 1990, p. 100 y ss.

(73) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 266. También, GHESTIN (Le contrat..., cit., p. 704 y ss), quien sobre la sentencia antes citada y ensalzada por CALAIS-AULOY (vid. supra nota 70), nos dice que la misma sólo significa todavía nada más que una orientación. Lo que sí considera este autor verdaderamente importante en la revalorización de las recomendaciones de la Comisión de cláusulas abusivas, es el artículo 6 de la nueva Ley de 5 de enero de 1988, pues según él, las asociaciones de consumidores podrán impugnar ante los tribunales civiles las cláusulas abusivas sin necesidad de intervención gubernativa.

(74) Vid. SAVATIER, op. cit., p. 230 y ss.

(75) Vid. VINEY, op. cit., T.V. p. 300.

(76) Téngase en cuenta que por regla general estaremos ante cláusulas abusivas elusivas de algún tipo de responsabilidad contractual. Por tanto, el plazo de prescripción que pudiera ser la particularidad más relevante entre uno y otro tipo de nulidad, deja de tener especial relevancia (GHESTIN, Le contrat..., cit., p. 1003 y ss.).

Por un lado, los partidarios de la nulidad absoluta (77), entienden que es el régimen de este tipo de nulidad el que conviene mejor a la sanción establecida por el artículo 35 de la ley de 1978: impide la posibilidad de confirmación a la que podía estar presionado el consumidor, posibilita la intervención jurídica de oficio y amplía el plazo de prescripción (78). Frente a los anteriores, otros autores consideran que dado que se trata de una norma que especialmente persigue la protección de una de las partes de la relación contractual, al consumidor, es exclusivamente a éste al que compete instar la nulidad, se trata por tanto, bajo esta perspectiva, de una nulidad relativa (79). Tras esta argumentación lo que se esconde es la noción misma de orden público, pero un orden público especial, el denominado orden público de protección que tiene como particularidad que la nulidad que sanciona es relativa, frente a las violaciones del orden público en general (de dirección) que sí que están sancionadas con el régimen de la nulidad absoluta (80). Tradicionalmente ha existido una asociación íntima entre orden público y nulidad absoluta (81), pero paulatinamente, ya desde JAPIOT y GAUDEMET (82), se ha ido desarrollando la idea de una cierta gradación del interés público dado que interés público e interés privado no son términos que necesariamente se excluyan (83). En determinados casos, a pesar de la existencia de una norma de ámbito general y con clara apariencia de orden público (normas tutelares en favor de los consumidores), no es óbice para que la posible nulidad que genere se encuadre en la nulidad relativa, dado que se trata de una norma destinada a proteger a un grupo de personas inspirada en principios de equidad. En estos supuestos, caso del menor, como es sabido, sólo al protegido le va a estar permitido instar la nulidad correspondiente con el fin de evitar que pueda ser utilizada en su contra (84). La duda que se plantea es si en tales supuestos de proximidad con el orden público, es oportuna la intervención del juez o del ministerio público, a pesar de la voluntad de

(77) Vid. CARMET, O., op. cit., p. 24 y ss.; NGUYEN-THANH-BOURGEAIS, D., 1984, ch., p. 95; BERLOIZ, G., *Droits de la consommation...*, cit., p. 2954.

(78) Vid. especialmente CARMET, O., op. cit., p. 28.

(79) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 691 y 927 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 171; CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, nota 25, VINEY, op. cit., T. IV, p. 594 y ss., T.V. p. 300 y ss., esta autora con alguna reserva; MALAURIE-AYNES, *Les contrats spéciaux...*, cit., p. 129.

(80) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 115 y ss., 927 y 977 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 232 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 300 y ss. T. IV, p. 594 y ss. Por contra, CARMET, O., op. cit., p. 25, entiende que esta distinción entre orden público de protección y de dirección es todavía bastante difusa.

(81) Vid. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, V. II, p. 355 y ss.

(82) Vid. supra nota 79.

(83) Vid. GUGGENHEIM, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*, París, 1970. p. 10 y ss., y autores ahí citados.

(84) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 929 y ss., SAVATIER, op. cit., p. 231 y ss.

las partes de mantener el contrato. La intervención pública estaría legitimada siempre y cuando el mantenimiento del contrato resulte más pernicioso que un proceso intentado a pesar de la voluntad de los interesados (85).

La verdad es que, como se puede deducir de lo que acabamos de ver, todo apunta a favor de una nulidad relativa más acorde con la finalidad de los preceptos tutelares a los que nos referimos (86). Pero aún así, por nuestra parte, existe la duda de si en ciertos casos no sería conveniente la nulidad absoluta. Sobre todo porque de esta manera se permitiría la intervención del juez de oficio en ayuda del consumidor, o incluso la intervención del predisponente (profesional) para hacer desaparecer posibles cláusulas abusivas incluidas consciente o inconscientemente, pero que constatada su ilicitud cierta o licitud incierta, se desea su eliminación en evitación de males mayores (87). Téngase en cuenta que, lo verdaderamente importante en todo esto, no es simplemente que alguien no protegido por la norma pueda alegarla, sino que lo que importa es que esa alegación no redunde en su exclusivo beneficio y en perjuicio de la parte verdaderamente protegida, cosa que ocurriría sólo en el supuesto de plantearse una nulidad total, en cuyo caso sin duda es la nulidad relativa la procedente (88). Pero no así, cuando estamos ante nulidades parciales de carácter imperativo, o lo que es lo mismo ante nulidades parciales en las que el carácter impulsivo de la cláusula litigiosa ha sido eliminado, aquí ya no existe el peligro anterior, y por tanto no vemos del todo claro que se deba estar siempre por una nulidad relativa cuando quizá sea más aconsejable la del otro tipo (89). Y muy probable-

(85) Vid. GUGGENHEIM, op. cit., p. 20 y autores ahí citados.

(86) Vid. las interesantes consideraciones de MaLAURIE-AYNES (*Les contrats especiaux...* cit., p. 129), que refiriéndose en general a los supuestos de precio indeterminado, ficticio o irrisorio, es de la opinión que el carácter absoluto de la nulidad es discutible por diversas razones: coherencia jurídica, política legislativa, motivos teóricos y por consideraciones prácticas.

(87) Piénsese, por ejemplo, en posibles campañas en contra del empresario de organizaciones de consumidores, o de la propia competencia que lo utilice en su provecho. La cuestión es, hasta qué punto sería legítimo impedir que un empresario enmendara un posible error traslucido en un contrato-tipo. O también, hasta qué punto sería legítimo condenar al empresario (y no sólo al empresario: trabajadores) a una pérdida de imagen en el mercado difícilmente recuperable, cuando se está dispuesto a subsanar el error. En apoyo de una reflexión de este tipo puede alegarse el desarrollo que vienen alcanzando especialmente en Italia los sistemas de autodisciplina empresarial en el campo publicitario.

(88) Vid. especialmente MALURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 128 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 232 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 288 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 300 y ss.; CARMET, O., op. cit., p. 28; GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 930.

(89) Vid. especialmente CARMET, O.; op. cit., p. 28; VINEY, op. cit., T.V. p. 300 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 26 y ss. Este último autor pone en guardia ante la confusión grosera que a veces se produce entre nulidad parcial-nulidad total por un lado, y nulidad relativa-nulidad absoluta por otro, entre las dos clasificaciones no hay ninguna relación, y particularmente pueden presentarse nulidades absolutas parciales. Lo que ha podido dar

mente, la nulidad recogida por el artículo 35 de la ley de 1978 sea una nulidad parcial de carácter imperativo (90).

C) *La implicación nulidad parcial-nulidad total*

Pasemos por fin, a ver el último de los puntos a los que antes hacíamos alusión, justamente se trata sin duda del que reúne un mayor interés para nosotros y al que hemos hecho repetidas alusiones: si la cláusula desaparece sola o por el contrario su nulidad implica la anulación del contrato. De manera similar a lo visto en el ámbito general de la contratación (91), en el campo de las cláusulas abusivas también nos encontramos con opiniones dispares. Por un lado, un grupo de autores cada vez más numeroso que aboga por el mantenimiento del contrato con la consiguiente desaparición de la cláusula abusiva (92), los argumentos son los ya vistos (93), fundamentalmente la frustración del fin de la norma caso de accederse a la nulidad total. Por otro lado, hay quien mantiene que la desaparición de una cláusula por abusiva puede provocar la nulidad total del contrato, en particular cuando la cláusula anulada comporta un elemento esencial o determinante (94). De nuevo los ejemplos típicos sobre los que gira esta última opción están referidos a la materia de precios, bien a los casos de precios que exceden los límites autorizados, bien a la posible eliminación o desaparición de la cláusula que debía haber servido para determinar el precio, pero que, debido a que la misma lo deja al arbitrio de una de las partes la cláusula decae y con ella el contrato (95). Pues bien, caso de los precios excesivos, por encima de los autorizados, como ya vimos se impone el tratamiento como

lugar a ciertos equívocos, es que la jurisprudencia viene fundamentado erróneamente, la nulidad total de los contratos con precios superiores a los autorizados en el carácter absoluto de esta nulidad, y como nos dicen MALAURIE-AYNES (*les contrats especiaux...*, cit., p. 141 y ss.) esto se sale de la cuestión, el carácter absoluto o relativo de la nulidad tiene solamente por objeto determinar por quién y cuándo la acción de nulidad puede ser ejercida, mientras que aquí la cuestión es saber cuál es la extensión de la nulidad. Si esto es así, no resulta tan extraño que se hayan combatido las decisiones judiciales en su punto neurálgico, el carácter absoluto de la nulidad, alegando que se trata de nulidades relativas y que en consecuencia no procede la nulidad total sino la nulidad parcial. Pero, como decimos, no debe mantenerse esta conexión entre nulidad relativa y nulidad parcial, y nulidad absoluta y nulidad total.

(90) Vid. CARMET, O.; op. cit., p. 28, nota 124; SIMLER, op. cit., p. 410; MALAURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...* cit., p. 142; idem. *Les obligations...* cit., p. 265 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 301.

(91) Vid. supra texto, y notas de referencia 37 a 44.

(92) Vid. especialmente GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 691 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 301; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 161 y ss., y 173 y 290; MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., n.º 374; idem, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 142; y también supra nota anterior.

(93) Vid. supra nota 91.

(94) Vid. CARMET, O. op. cit., p. 30 y 31; CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, nota 25.

(95) El Decreto de 24-marzo-78 de desarrollo de la Ley del mismo año, en su art. 3, se refiere a las cláusulas que tengan por objeto o por efecto reservar a los profesionales el derecho de modificar unilateralmente las características del bien a entregar o al servicio a prestar.

ilícito justamente del exceso con el mantenimiento del contrato en el topo autorizado (96); en cuanto al otro supuesto de desaparición total del elemento esencial (precio) la cuestión se presenta más dificultosa, no obstante, la doctrina apunta frente a la disfuncional nulidad total, una sanción más conforme a los intereses del consumidor, consistente en el mantenimiento del contrato con el precio mencionado en la conclusión y anulando solamente las cláusulas que permitan la variación del precio (97).

En todo caso, de producirse una indeterminación del precio o del objeto del contrato, aunque tradicionalmente se viene sancionando con una nulidad absoluta, la doctrina más moderna apunta decididamente la necesidad de su tratamiento como una nulidad relativa. Especialmente, cuando con la nulidad lo que se persigue es la protección de una parte frente al arbitrio de la otra (98), de tal manera que sólo aquél a quien se quiere proteger esté legitimado para instar la nulidad; pues, debe evitarse que esa nulidad (absoluta) con la que se pretende proteger produzca un efecto negativo para los intereses de la parte tutelada. En definitiva, lo que se pretende conseguir de este modo es que sea el propio interesado el que administre la protección que el derecho le brinda (99).

No se refiere al precio, pero no tiene mayor importancia, porque estamos ante una norma clásica del Código civil, contenida en su art. 1.591 (vid. CARMET, O., op. cit., p. 30; sobre el artículo 1.591 C.c. fr., puede verse GHESTIN, *L'indetermination du prix de vente et la condition potestative*, D., 1973, Chron, 293; ídem., *Les contrats...*, cit., p. 578 y ss., y 1052 y ss.).

(96) Vid. MALAURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 142, nota 146; ídem. *Les obligations...*, cit., p. 265 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 213 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1053 y ss. Pueden verse amplias referencias supra en el texto, y nota 31. Sin embargo, como se ha dicho, la jurisprudencia francesa es reacia a admitir este análisis, prefiriendo optar por la solución drástica de declarar nula la cláusula con el precio excesivo y con ella el contrato.

(97) Vid. especialmente CALAIS-AULOY, op. cit., p. 290; en igual sentido se ha pronunciado la Commission de refonte du droit de la consommation (vid. Proposition pour un nouveau droit de la consommation, en la Documentation française, 1985, p. 90). También puede verse GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 577 y ss.

En materia de cláusulas abusivas de la responsabilidad, la nulidad de la cláusula hace revivir la aplicación de las normas del tipo contractual en cuestión, se produce en palabras de GHESTIN (*Le contrat...*, cit., p. 691) un resurgir de las disposiciones legales supletorias de la voluntad de las partes (vid. también VINEY, op. cit., T.V. p. 302, y ss.; CAS-FERRIER, op. cit., p. 527 y ss). Si se trata de un contrato atípico o innominado, en este caso es el juez el que deberá crear el régimen de responsabilidad que asegure correctamente la sanción de las obligaciones asumidas por el deudor (vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 303; CARMET, O., op. cit., p. 29; CAS-FERRIER, op. cit., p. 528).

(98) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 922 y ss.

(99) Obsérvese la coincidencia del punto de vista señalado en el texto con las nuevas tendencias del pensamiento jurídico "postmoderno": el "Derecho reflexivo". Es en Alemania donde ha surgido esta moderna línea de pensamiento jurídico, sobre la materia puede verse en castellano el trabajo de síntesis de REICH, *Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica*, en *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 95 y ss.