

LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO*

NULLITY FOR DISCRIMINATION IN THE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 510-527

*El autor es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2021) concedida por la AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo Cataluña 2021-2027 del Fondo Social Europeo.

Roger BARAT I
RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el art. 28 de la Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, y el art. 25 de la Ley catalana 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación prevé, entre otras consecuencias, que los actos y las disposiciones o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación serán nulos. En el presente trabajo el autor trata sobre el alcance de dichos preceptos y el entendimiento que debe darse a la mencionada nulidad. Para ello, se parte de la comprensión de este remedio desde la perspectiva del derecho privado, para después considerar las particularidades de la nulidad por ilicitud y las soluciones subsidiarias o alternativas para situaciones no cubiertas por los preceptos legales en los casos específicos de discriminación en el contrato. Por último, se valoran los efectos de dicha nulidad y se cuestiona la conveniencia del recurso generalizado a este remedio que han configurado ambos legisladores.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, acto, negocio jurídico, contrato, nulidad, remedio, sanción, ilicitud, causa ilícita, objeto ilícito, nulidad parcial, restitución.

ABSTRACT: *Article 10 of the Effective Equality between Women and Men Organic Act 3/2007, from 22nd March, article 28 of the Catalan Act 11/2014, from 10th October, to Guarantee the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersexual Persons and to Eradicate Homophobia, Biphobia and Transphobia, and article 25 of the Catalan Equal Treatment and Non-Discrimination Act 19/2020, from 30th December, state that those acts and clauses that may cause or constitute a discrimination will be null and void. In the present work, the author studies the scope of such articles, the understanding of that nullity in private law, and the specificities of the nullity because of illicitness and its subsidiary or alternative solutions when there are situations that do not fall under the scope of the previous statutes in the field of discrimination inside the contract. Finally, the paper assess the effects of such nullity and questions over the decision of both Spanish and Catalan legislators to make this remedy widespread.*

KEY WORDS: *Discrimination, act, legal transaction, contract, nullity, remedy, sanction, illicitness, illicit cause, illicit object, partial nullity, restitution.*

SUMARIO.- I. MARCO LEGAL.- II. ACTOS JURÍDICOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DISCRIMINATORIOS.- III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD.- IV. EL TIPO DE NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS.- 1. La nulidad como sanción y el art. 6.3 CC.- 2. Explicaciones alternativas: causa ilícita y objeto ilícito.- V. RÉGIMEN DE LA NULIDAD Y EFECTOS.- VI. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN.

I. MARCO LEGAL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹ (en adelante, LOIEMH) prevé en su art. 10 las consecuencias jurídicas asociadas a conductas discriminatorias antijurídicas en el ámbito de aplicación de la ley, esto es -y para emplear la expresión del art. 2 del mismo texto legal-, en las situaciones en que puedan darse discriminaciones por razón de sexo.

En concreto, el literal del mencionado art. 10 es el siguiente:

“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

El precepto aúna las tres consecuencias que pueden generarse en ocasión de una discriminación por razón de sexo: 1) la nulidad del propio acto o disposición; 2) la reparación del daño causado al sujeto discriminado; y 3) la sanción al autor de la discriminación². De este modo, el legislador español ha optado por recoger en un único artículo las consecuencias típicamente civiles (la nulidad del acto o cláusula discriminatoria y la responsabilidad civil por el daño causado) con las

1 BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

2 SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, (dir. por C. SÁNCHEZ TRIGUEROS; A.V. SEMPERE NAVARRO), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 127.

• **Roger Barat i Rubio**

BInvestigador predoctoral, becario FI AGAUR 2021
Área de Derecho Civil, Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona
roger.barat@upf.edu

propriadamente penales y administrativas (remitiéndose a un sistema sancionatorio de carácter eminentemente preventivo)³.

Junto con la anterior LOIEMH, varias Comunidades Autónomas han aprobado un amplio rango de leyes antidiscriminación que apuntan en la misma dirección, ensanchando a la vez el ámbito objetivo de aplicación del principio de no discriminación e igualdad de trato. Sirvan como ejemplo las Leyes catalanas 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia⁴ (art. 28), y -con alcance más general- la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación⁵ (art. 25), que, entre otros muchos aspectos, y en una distinción algo ya más afinada entre las distintas consecuencias derivadas de la realización de conductas discriminatorias entre privados, establecen también las consecuencias civiles de tales conductas antijurídicas en el respectivo ámbito de aplicación de cada norma (además de las responsabilidades que otro tipo que puedan exigirse).

De entre todas las que se prevén tanto en la LOIEMH como en las Leyes catalanas 11/2014 y 19/2020, me centraré en analizar la primera consecuencia que se señala y que es común denominador en los tres preceptos apuntados: la nulidad del acto o disposición (o cláusula, añaden los arts. 28 de la Ley 11/2014 y 25 de la Ley 19/2020) del negocio jurídico que constituya o cause discriminación.

II. ACTOS JURÍDICOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DISCRIMINATORIOS

La posibilidad de acudir a las consecuencias jurídicas por conductas discriminatorias, aunque formulada en la rúbrica de sendos preceptos con un pretendido alcance general, se condiciona en la literalidad de las normas a la existencia de un acto o de una cláusula o disposición de negocio jurídico que constituya o cause discriminación⁶. Es menester, entonces, encuadrar en primer

3 FERNÁNDEZ TORRES, I.: "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil", AA.VV.: *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. por A. MONTOYA MELGAR; coord. por Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 450.

4 "Artículo 28. Contravención de la ley en el ámbito contractual. Son nulos de pleno derecho las disposiciones, los actos o las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyen o causan discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y pueden dar lugar a responsabilidades de acuerdo con lo establecido por la legislación vigente." (DOGC núm. 6730, de 17 de octubre de 2014; BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014).

5 "Artículo 25. Efectos de la contravención de la Ley. 1. Contravenir a la presente ley y a las normas de su desarrollo es causa de nulidad de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos y puede dar lugar a las responsabilidades que establece la legislación, incluidas las patrimoniales." (DOGC núm. 8307, de 31 de diciembre de 2020; BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2021).

6 FERNÁNDEZ TORRES, I.: "La igualdad de trato", *cit.*, p. 445.

lugar los dos elementos centrales que definen su ámbito de aplicación objetivo: por un lado, los actos jurídicos; por el otro, los negocios jurídicos⁷.

Es pacífico que los legisladores español y catalán se están refiriendo, con el empleo de dichas expresiones, a categorías propias del derecho privado, de uso común en la doctrina de tribunales y academia y en la práctica de los operadores del derecho⁸. El acto y el negocio jurídico comparten ciertos rasgos: “ambos son actos jurídicos porque derivan de una actuación (declaración, conducta) humana realizada con conciencia y voluntad. El acto jurídico [entendido como categoría general que comprende tanto el acto jurídico en sentido estricto como el negocio jurídico] se distingue del simple hecho natural que produce consecuencias jurídicas (p. ej., la muerte, el nacimiento) precisamente por esa conciencia y voluntad que lo acompaña. Aquellos hechos son relevantes jurídicamente sin tener para nada en cuenta la voluntad humana”⁹.

Ahora bien, el mero acto jurídico (o acto jurídico en sentido estricto) no tiene contenido normativo, esto es, no puede configurar las consecuencias jurídicas que de él se derivan porque estas vienen determinadas por la ley (por ejemplo, la entrada en mora del deudor cuando el acreedor le reclama el cumplimiento de la obligación). En cambio, el negocio jurídico sí tiene contenido normativo: constituye el acto jurídico por excelencia mediante el cual el sujeto regula sus propios intereses y establece una norma vinculada para su satisfacción tutelada en derecho (paradigmáticamente, el contrato)¹⁰.

FERNÁNDEZ TORRES ha apuntado, sobre la LOIEMH, que el art. 10 realiza una transposición errónea del art. 8.2¹¹ de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro¹², en tanto que el alcance que allí se pretende es mayor que en la ley española. En efecto, la norma europea no limita las consecuencias de conductas discriminatorias a aquellas que se hayan producido en el marco de un acto o negocio jurídico, si

7 Las disposiciones y cláusulas toman dimensión en la medida en que se integran en un negocio jurídico.

8 Aun así, sorprende tanto la referencia al término “negocio jurídico” como su contraposición al “acto jurídico”, en una muestra más del recurso a un concepto ajeno al derecho civil positivo decimonónico y más propio de la civilística alemana, para tratar de dar cuenta de “las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad”. Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 19-51.

9 DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2012, 12ª ed., p. 460.

10 DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, cit., p. 460.

11 “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido. La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización.”

12 DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

bien la misma autora admite la construcción de una interpretación conforme¹³. En este sentido, NAVAS NAVARRO, haciéndose eco del parecer de GARCÍA RUBIO, sostiene que “acto” debe interpretarse en un sentido amplio como equivalente a “actuación discriminatoria” para hacer así corresponder este art. 10 con el sentir del art. 8.2 Directiva 2004/113/CE¹⁴.

Dichos problemas de encaje con el derecho derivado europeo no se repiten con el art. 28 de la Ley 11/2014 (por cuanto no trae causa de una Directiva europea), pero sí con el art. 25 de la Ley 19/2020 únicamente en relación a las discriminaciones por razón de “sexo o género” (art. 1.3, letra b) -no respecto a las otras características protegidas¹⁵ enumeradas en el art. 1¹⁶.

En segundo lugar, el ámbito objetivo de aplicación también viene determinado por las referencias en los arts. 10 LOIEMH y 28 de la Ley 11/2014 a “los actos y cláusulas [y disposiciones]... que «constituyan o causen discriminación»”, o, para el caso del art. 25 de la Ley 19/2020, por la contravención de las normas [antidiscriminación, se entiende] previstas en la propia ley o en su normativa de desarrollo. Así, los tres preceptos requieren también de la existencia de una “discriminación” en dichos actos o disposiciones del negocio jurídico. Sin ánimo de ser exhaustivo en este punto, la ley se refiere aquí a la discriminación directa y a la discriminación indirecta que derive de los actos o negocios jurídicos, en los términos previstos por cada texto legal y la amplia interpretación que de ellos han dado tanto los tribunales como la doctrina científica¹⁷.

13 Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I.: “La igualdad de trato”, *cit.*, pp. 446-447.

14 NAVAS NAVARRO, S.: “Negativa a contratar y prohibición de discriminación (Derecho comunitario y Derecho europeo)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2007, tomo LX, fasc. IV, p. 1624.

15 Para emplear la acertada expresión que usa la doctrina del *common law*. Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de Reino Unido *Bull v. Hall*, de 27 de noviembre de 2013 ([2013] UKSC 73) y *Lee v. Ashers Baking Company*, de 10 de octubre de 2018 ([2018] UKSC 49), y también el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* [548 US_ (2018)].

16 Por su parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000), no prevé un precepto parejo al 8.2 de la Directiva 2004/113/CE. Su transposición en el ámbito estatal se produjo a través de los arts. 29 a 43 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), sin que tampoco esta norma cuente con disposiciones similares sobre consecuencias de derecho privado por discriminación a las que aquí estamos tratando. Así, las consecuencias ante las discriminaciones que puedan producirse en el ámbito privado origen racial o étnico se rigen por las normas de carácter general que regulan estas situaciones: en Cataluña, por las previsiones de la Ley 19/2020; en el resto del Estado español (a excepción de la protección especial por discriminación por razón de sexo de la LOIEMH), por la interacción de las cláusulas genéricas de derecho privado y de la Constitución. Sobre este último particular, *vid.* en profundidad ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122.

17 FERNÁNDEZ TORRES, I.: “La igualdad de trato”, *cit.*, pp. 448-450. Para un tratamiento extenso de la cuestión, *vid.* AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 112 y ss.; y también AGUILERA RULL, A.: “Discriminación directa e indirecta”, *InDret* 1/2007, enero 2007, pp. 1-17.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD

Fijado el alcance objetivo de las normas, debe ahora tratarse sobre el tipo de nulidad al que se refieren estos artículos, esto es, la causa de la nulidad y sus efectos.

De entrada, debe advertirse que la nulidad puede proyectarse sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico¹⁸. Esta apreciación ya se puso en relieve por el Consejo de Estado en ocasión de su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres¹⁹ (consideración novena), donde hizo uso de la expresión “efectos [...] descontrolados” por su potencial expansividad, en atención al encuadramiento del art. 10 en la sistemática de la LOEIMH (ubicado en el Título I, donde constan los principios generales que la informan). Dicha deficiencia de técnica legislativa fue corregida por el legislador catalán en sendos arts. 28 de la Ley 11/2014 y 25 de la Ley 19/2020, ubicados en los títulos o capítulos que tratan específicamente las garantías o mecanismos de tutela de los derechos allí protegidos.

La doctrina clásica civilista española ha tratado históricamente la nulidad (absoluta) como uno de los regímenes típicos de la ineficacia contractual²⁰, aunque puede trasladarse a los negocios jurídicos en general²¹. DIEZ-PICAZO ha definido el contrato nulo como “aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas” de forma definitiva, por lo que se tiene como no realizado. Se trata de una ineficacia estructural, ya que deriva de una irregularidad en la formación del contrato, radical (*ipso iure*, sin admisión de confirmación²²) y automática, porque no requiere del ejercicio de ninguna acción por los interesados y puede declararse de oficio por el órgano judicial.

Son causas de la nulidad del contrato: i) la violación de los límites de la autonomía privada expresados en el art. 1255 CC (la ley, la moral y el orden público); ii) la inexistencia, falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del contrato; iii) la inexistencia o ilicitud de la causa; y iv) la falta de forma cuando esta sea exigida por ley como requisito *ad solemnitatem*.

En consonancia con la propia naturaleza de la nulidad, el ejercicio de la acción ante los tribunales persigue un pronunciamiento meramente declarativo

18 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21., p. 141.

19 N° de expediente 803/2006, de 22 de junio.

20 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción a la teoría del contrato*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 6ª ed., p. 575.

21 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 461-531.

22 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 1ª ed., p. 651.

(la sentencia constata la ineficacia del contrato). La acción puede instarse por cualquier persona que ostente un interés legítimo en la declaración de nulidad, sea parte en el contrato o sea un tercero, y no está sometida a ningún plazo de ejercicio (es imprescriptible)²³. Por supuesto, el juez puede apreciar de oficio la causa de nulidad y declararla.

El derecho español admite la nulidad parcial, si se circunscribe a una o varias de las varias disposiciones que integran un contrato, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

IV. EL TIPO DE NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS

I. La nulidad como sanción y el art. 6.3 CC

La proclamación de la nulidad de todos los actos y disposiciones de negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación se ha configurado por los legisladores estatal y autonómico como un modo de sancionar las conductas discriminatorias que se producen en el ámbito de la contratación entre privados.

La percepción de la nulidad como sanción es ampliamente extendida entre la civilística española. Se trata, para la doctrina más aceptada, de un medio de reacción del derecho frente al acto o situación antijurídica. Los actos son nulos en tanto que son ilícitos, esto es, contrarios a las normas de mandato²⁴.

Aparentemente, esta concepción es la recogida en los arts. 10 LOIEMH, 28 Ley 11/2014 y 25 Ley 19/2020 y nos traslada imperiosamente a la nulidad del art. 6.3 CC, que la doctrina ha analizado bajo la óptica de la nulidad por ilicitud. El literal del mencionado art. 6.3 CC es el siguiente:

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezcan un efecto contrario para el caso de contravención”.

Como ha matizado DELGADO ECHEVARRÍA, el art. 6.3 CC no dice que la infracción de normas imperativas o prohibitivas sea la premisa necesaria de toda nulidad, sino únicamente que hay un tipo de nulidad que corresponde a normas imperativas o prohibitivas. Si un acto es contrario a las normas imperativas y prohibitivas, entonces es nulo²⁵. De este modo, el art. 6.3 CC conecta directamente con el art.

23 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., pp. 577-578.

24 DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción”, en AA.VV.: *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución* (coord. por J. DELGADO ECHEVARRÍA), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 102-103.

25 DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Sanción de invalidez”, cit., pp. 102-103.

1255 CC, cuando impone que la ley (imperativa, se entiende) constituye uno de los límites a la libertad contractual.

Así, el acto jurídico en sentido estricto o la disposición de un contrato cuyo contenido comporte una discriminación contraria a los estándares fijados en las leyes de protección (en los términos de los arts. 6 LOIEMH; arts. 4 y 5 Ley 11/2014; y arts. 4 y 5 Ley 19/2020) se consideran ilícitos y llevan aparejados la nulidad de pleno derecho. Y esto debe entenderse del siguiente modo:

- a) Para los actos jurídicos en sentido estricto, la nulidad del art. 6.3 CC debe entenderse únicamente como una carencia de efectos. No podrá operar la consecuencia propia de la nulidad contractual tal como es la restitución de prestaciones, ya que entonces estaríamos en el ámbito propio, precisamente, del derecho de contratos (y, por extensión, de los negocios jurídicos)²⁶.
- b) Para los negocios jurídicos, la nulidad del art. 6.3 CC debe entenderse como una carencia de efectos que, además, abre la puerta a la restitución de prestaciones, si así lo solicitan las partes.

En adelante, para el propósito de esta investigación trataré cuestiones que específicamente tienen cabida en la nulidad por discriminación en el contrato. Por lo tanto, me centraré en problemáticas referidas al subtipo de negocio jurídico que constituyen los contratos, sin que lo que aquí se afirme sea directamente extrapolable a los actos jurídicos en sentido estricto o a otros subtipos de negocios jurídicos (como, por ejemplo, los testamentos). Además, debe aclararse que circunscribo el tratamiento a discriminaciones en cláusulas o disposiciones contractuales (que comportan la imposición a la parte que reúne características protegidas de condiciones más gravosas de contratación), no a negativas a contratar, por cuanto en estas últimas situaciones hay una declaración de voluntad pero no se llega a celebrar de forma efectiva un contrato (como la propia expresión indica).

2. Explicaciones alternativas: causa ilícita y objeto ilícito

CARRASCO PERERA ha señalado la dificultad de encontrar algún pronunciamiento judicial que fundamente la nulidad de un contrato ilícito de forma exclusiva en el art. 6.3 CC y las confusiones reiteradas que se producen en la operativa diaria de nuestros tribunales entre los conceptos de negocios prohibidos y negocios con causa ilícita, a lo que se suma los problemas que se ocasionan ante la ausencia de un régimen propio para la nulidad del art. 6.3 CC²⁷.

²⁶ NAVAS NAVARRO, S.: "Negativa a contratar", *cit.*, p. 1625.

²⁷ CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, pp. 720-721.

En puridad las calificaciones relativas a la nulidad por contravención de norma imperativa, por contravención de la moral y el orden público y por negocio con causa ilícita no son intercambiables. Según el mismo CARRASCO PERERA: “Un negocio incurso en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. [...] Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del art. 6.3 CC, pero no a la del art. 1275 CC”²⁸. Ahora bien, ciertamente en la práctica se confunden o, cuanto menos, se condicionan. Y esto sucede porque los tribunales han reducido sistemáticamente la sanción de nulidad del art. 6.3 CC a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal.

La cuestión no es menor, y es que el art. 6.3 CC se limita a efectuar una declaración de nulidad, pero no contiene un régimen de dicha nulidad (legitimación para instar su declaración judicial, plazos de ejercicio de la acción, efectos de la declaración y alcance). Debe entonces encauzarse a través del régimen propio de las nulidades contractuales (arts. 1261, 1300 y ss. CC), pero debe delimitarse si es de aplicación el general de las nulidades (arts. 1303 y 1307 CC) o el específico de los contratos incursos en causa ilícita o torpe (arts. 1305 y 1306 CC).

Sigue apuntado CARRASCO PERERA que “[l]as normas cuya contravención se regula en el art. 6.3 CC, susceptibles de proyectarse en la causa contractual como ilicitud, son las normas que tienen por objeto regular el contenido del intercambio negocial”²⁹, lo que en nuestro caso efectivamente acontece. Piénsese en los siguientes supuestos: un contrato de arrendamiento entre la propiedad y una arrendataria mujer prevé la resolución del contrato en el caso que esta esté encinta; o, en un supuesto similar, la resolución del contrato de arrendamiento en caso que el arrendatario conviva con una persona del mismo sexo; la prohibición de resintonización de canales de televisión en el arrendamiento de vivienda a una familia extranjera; la concesión de préstamos a tipos de interés superiores a familias inmigrantes que nacionales; la exigencia de avalista en el caso de solicitar una mujer un préstamo, cuando un hombre no está sometido a tal requisito. En ellos se da un trato discriminatorio antijurídico hacia una persona o grupo de personas con alguna característica protegida por la legislación antidiscriminación que se manifiesta en la estipulación de algunos de los aspectos centrales que rigen los respectivos vínculos contractuales, lo que se integra en lo que *supra* se ha denominado “contenido del intercambio negocial”: las causas de resolución, las condiciones de goce del bien arrendado, el precio del contrato de préstamo y las obligaciones auxiliares necesarias para la celebración de la obligación principal, respectivamente.

28 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 720.

29 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 722.

Los límites entre las distinciones entre nulidad por ilicitud y nulidad por causa ilícita aún se difuminan más cuando se realiza un breve sobrevuelo en los supuestos que ha admitido la jurisprudencia para apreciar la ilicitud de la causa, que no es más que “la descripción de todos los casos en que la nulidad de un contrato está explicada o exigida por especiales razones de reproche de su contenido”. Y, entre ellas, se señalan algunos rasgos que apunta a la concurrencia de causa ilícita. La siguiente enumeración, sin ser exhaustiva, podría también corresponder al esquema que tratamos de explicar³⁰, en el marco de una discriminación en un contrato:

- a) Contrato prohibido por un valor moral intenso, de forma que su contravención puede considerarse un atentado a las buenas costumbres, lo que puede incluir los “compromisos relativos a la disposición de la integridad física o moral de un sujeto” y, por qué no, pactos que atenten contra algunas de las características protegidas por las normas antidiscriminación³¹.
- b) Contrato predeterminado por las partes con objeto de causar un daño ilegítimo a un tercero o que de hecho produce daño a terceros, sin que tal circunstancia pudiera ser legítimamente ignorada por los contratantes. Piénsese en un contrato de arrendamiento que incluya una cláusula que prohíba el subarriendo o la cesión del contrato a un inmigrante.
- c) Contrato que tiene por objeto del intercambio de prestaciones ilícitas o, en general, el intercambio de una prestación por una conducta que la ley reprueba o por la abstención de un hecho que la ley reprueba. Esto lleva CARRASCO PERERA incluso a afirmar que “no existe distinción de importancia práctica entre un contrato con causa ilícita y un contrato con objeto ilícito (art. 1271 CC), como revela la dicción del art. 1305 CC”.

Es conveniente detenerse en este último punto sobre la asimilación de causa ilícita y objeto ilícito, en tanto que puede coincidir con la aproximación que ALFARO ÁGUILA-REAL realizó en su ya clásico trabajo *Autonomía privada y derechos fundamentales* sobre la (im)posibilidad de disponer de los propios derechos fundamentales en el contrato por derivación imperativa del orden público constitucional (arts. 6.2 y 1255 CC). Allí expone que: “[c]on carácter general, se fundamenta tal ineficacia [de la renuncia a los derechos fundamentales] en su consideración como bienes situados «fuera del comercio» (son inalienables), por lo que las renuncias a la titularidad y las renuncias al ejercicio que por su

30 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 745-746.

31 De hecho, parte de la doctrina ha admitido que las cláusulas generales del derecho civil tales como “orden público” (arts. 6.2 y 1255 CC) o “buena fe” (art. 7.1 CC) pueden resultar efectivos para garantizar cierta eficacia de los derechos fundamentales (lo que incluye el derecho a no ser discriminado) en las relaciones *inter privatos*. Vid. AGUILERA RULL. A.: *Contratación y diferencia*, cit., pp. 40-42.

extensión temporal o intensidad sean equiparables se reputan nulas (art. 1271.I CC)³². Y aporta al efecto varios ejemplos: contratos de esclavitud, cláusula por la que alguien se obliga a contraer matrimonio, cláusula estatutaria de una asociación que impide a las socias acceder a cargos directivos, cláusula de un contrato de arrendamiento que prevé que el arrendador podrá entrar en el piso en cualquier momento y sin previo aviso al arrendatario.

Sin embargo, centrada esta cuestión en la eventualidad de una cláusula contractual discriminatoria, se antoja difícil encontrar supuestos sobre los que directamente se contrate en renuncia directa sobre alguna de las características bajo la protección del principio de no discriminación del art. 14 CE (y también de los arts. 14 CEDH³³ y 21 CDFUE³⁴), en tanto mayoritariamente constituyen rasgos del “ser” y opciones o elecciones íntimamente asociados a la dignidad de la persona. Sí se puede disponer del derecho a la intimidad, a la libertad de expresión o –por supuesto- a la propia imagen, pero es más dudoso que se pueda hacer lo mismo con el derecho a no ser discriminado como integrante del objeto esencial del contrato³⁵.

En una interpretación algo extensiva, la diferenciación de precios basada únicamente en el sexo del consumidor también puede constituir en cierto modo objeto ilícito. Por ejemplo, en las peluquerías es frecuente que se tengan dos tarifas, una para hombres y otra para mujeres, ignorándose a menudo que lo que realmente diferencia el servicio que se presta en concreto depende de distintas variables (tipo de cabello, resultado que se quiere) que no tienen en absoluto por qué corresponderse con el sexo del usuario. En estos casos se está produciendo una asimilación de complejidad o sencillez del servicio (empleo de distintas técnicas, mayor duración temporal del corte, mayor consumo de agua, luz, horas del personal y productos específicos) al mero hecho de ser hombre o mujer. Esta asimilación se refleja en la tarifa de precios (para un servicio del mismo tipo, precio superior para mujer que para hombre), lo que apunta a la existencia de una discriminación antijurídica en el precio, prestación esencial del objeto del contrato de arrendamiento de servicios (art. 1544 CC).

En cualquier caso, queda apuntado que existen varias vías para poder denunciar la nulidad de un acto o disposición discriminatorio que ejecute o que

32 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Autonomía privada”, *cit.*, pp. 99-100.

33 Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950). BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE 364/01, de 18 de diciembre de 2000.

35 Aventuro que la contratación de terapias de conversión de la orientación sexual podría caer dentro de estos supuestos, aunque también aquí podría sostenerse con fundamento que en realidad se está disponiendo del derecho a la integridad física y moral si se entiende que se está enfocando la homosexualidad como una enfermedad de la que el sujeto puede “curarse”.

se inserte en un contrato. Puede parecer que la discusión anterior es hasta cierto punto bizantina, si bien desde el momento en que no existe una normativa antidiscriminatoria de carácter general que rijan para todo el territorio nacional, en los casos no cubiertos por la LOIEMH (esto es, para todos los que se produzca discriminación en el contrato por cualquier característica protegida menos por razón de sexo), debe seguir acudiéndose, si quiere optarse por el remedio de nulidad, a la nulidad por causa o por objeto ilícito.

En cambio, para los casos de discriminación que queden cubiertos por la LOIEMH (y, en Cataluña, por las Leyes catalanas 11/2014 y 19/2020, que deberían de ser la práctica totalidad en atención al amplísimo ámbito objetivo de esta última norma) debería ser suficiente en la gran mayoría de ellos con acudir a la nulidad por ilicitud del art. 6.3 CC. Aun así, alternativa o subsidiariamente puede instarse también la nulidad por causa ilícita o, para supuestos extremos, por objeto ilícito, aunque no debería ni entrar a valorarse por el juez puesto que la nulidad del art. 6.3 CC es apreciable de oficio por ser materia de orden público.

V. RÉGIMEN DE LA NULIDAD Y EFECTOS

Partiendo de la admisión de la nulidad por ilicitud del art. 6.3 CC, y ante la ausencia de un régimen específico para tal nulidad (el art. 1300 CC únicamente se refiere a contratos en los que no concurren de forma correcta los requisitos del art. 1261 CC: objeto, causa y consentimiento), debe acudirse el régimen general de nulidad del contrato³⁶.

Si el contrato es nulo no puede vincular a las partes y, por lo tanto, no hay obligaciones exigibles. Debe procederse, pues, a la restitución recíproca de las cosas o de los bienes que han sido entregados, con sus frutos, productos, rendimientos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC), o al valor de la cosa con sus frutos e intereses si esta ya no se puede devolver (art. 1307 CC)³⁷.

La literalidad de la norma (acto, disposición o cláusula de negocio jurídico) abre las puertas a la aceptación de la nulidad parcial (a la que tampoco se opone el art. 6.3 CC). A la misma conclusión debe llegarse aplicando el criterio teleológico de interpretación de la norma. Y es que, si sometiésemos el contrato con disposición o cláusula nula por discriminatoria a la estricta aplicación de la nulidad total y de los efectos que lleva asociados (la restitución de las prestaciones), ello supondría la

36 DELGADO ECHEVARRIA, J.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 541.

37 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., pp. 579-580.

exclusión del discriminado al acceso al bien o servicio o a su disfrute en igualdad de condiciones, que es justo lo que la norma de protección pretendía evitar³⁸.

Acudir al régimen más desarrollado de la nulidad parcial resulta más conforme con la letra y el espíritu de la norma, pero entraña el problema de la integración de las cláusulas declaradas nulas, y más ante la ausencia de una decisión normativa expresa sobre la regulación sustitutoria. DÍEZ-PICAZO señala que, ante estos escenarios, pueden aplicarse los siguientes criterios para colmar las lagunas producto de la declaración de nulidad parcial³⁹:

- (i) Aplicar lo que las mismas partes hayan previsto en el contrato ante la posibilidad de nulidad parcial. Difícilmente se nos presentará esta opción en los casos que aquí tratamos, porque sería tanto como que las partes hubieran aceptado ya de entrada que estaban incluyendo en el contrato una disposición o cláusula discriminatoria.
- (ii) Acudir al derecho legal dispositivo, que sirve como modelo general de regulación.
- (iii) A falta de lo anterior⁴⁰, deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe, de conformidad con el art. 1258 CC.

De este modo, la integración del contrato debe consistir en tener por no puesta la cláusula que se haya determinado que causa o constituye discriminación antijurídica y, en general, se tenderá a imponer la obligación de igualar el trato dispensado a la persona discriminado respecto al que habría tenido si no reuniera alguna de las características protegidas. En la práctica, esta obligación de igualdad de trato se traducirá, por ejemplo, en la inaplicación de la contraprestación adicional o en equiparación del precio o la prestación⁴¹.

Para los supuestos en los que el discriminado resulte ostentar la condición de consumidor o usuario en los términos del art. 3 TRLGDCU, difícilmente puede sostenerse que cabría la aplicación del art. 83 TRLGDCU, que prevé la nulidad

38 AGUILERA RULL. A.: *Contratación y diferencia*, cit., p. 310. Allí, la autora razona que si, en primer lugar, atendemos a la voluntad real o presumible de las partes, podemos presumir que, al menos, la víctima de la discriminación está interesada en la conservación del contrato. En cuanto al otro contratante causante o favorecido por la discriminación, afirma que “si estaba dispuesto a celebrar el negocio sin la cláusula discriminatoria en el caso que sirve de término de comparación [es decir, si la otra parte contratante no era una persona con característica protegida], también debería estarlo en el caso objeto de análisis” y señala que, precisamente, esta ha sido la solución adoptada por el legislador alemán en el § 139 BGB.

39 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., pp. 588-589.

40 DÍEZ-PICAZO, L.: “Comentario al artículo 1258 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PÁZ-ÁRES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 438.

41 AGUILERA RULL. A.: *Contratación y diferencia*, cit., p. 311.

de las cláusulas abusivas cerrando a la vez la puerta a la moderación judicial⁴². Y es que, tratándose la regulación de la abusividad de una limitación a la libertad de pacto de las partes, debe esta leerse de forma restrictiva. De este modo, podemos encontrarnos en que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor incluye una cláusula abusiva, que será declarada nula ex art. 83 TRLGDCU y el contrato subsistirá sin más sin aquel contenido, y también una cláusula discriminatoria conforme a alguna de las leyes antidiscriminación, que será declarada nula e integrada ex art. 1258 CC.

En los casos en los que se debe seguir optando por declarar la nulidad por otras vías, puede resultar de aplicación el régimen específico de nulidad por causa torpe (en especial, la regla 2ª del art. 1306 CC⁴³).

VI. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN

Varios son los autores que han cuestionado el recurso a la nulidad civil como remedio ante la discriminación. Apúntese, de entrada, que CARRASCO PERERA señala que: “es improbable que en el derecho privado (no laboral) la nulidad constituya la sanción adecuada para el tratamiento de la discriminación. La responsabilidad civil contractual por el daño moral y material causado por discriminación será ordinariamente más factible”⁴⁴.

En concreto, sobre el art. 10 LOIEMH, CARRASCO PERERA incide en que “[no] hay certidumbre acerca de la intención del legislador de introducir la consecuencia de nulidad del contrato discriminatorio en el ámbito civil, a la vista de la estructuración de la norma”, y más teniendo en cuenta que, con posterioridad, el Título VI de dicha LO ya se ocupa específicamente de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios y establece consecuencias jurídicas propias para la vulneración del principio de no discriminación en este ámbito, en adición a la nulidad del art. 10⁴⁵.

Incluir la nulidad como remedio de derecho privado ante la discriminación fue una opción del legislador español. El art. 8.2 de la Directiva 2004/13/CE obliga a los Estados miembros a “introducir en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización

42 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Cláusulas no negociadas individualmente”, en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 2ª ed., pp. 1165-1169.

43 “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.”

44 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 726.

45 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 726.

o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido”; por su parte, el art. 13.b) de la misma Directiva contempla la posible nulidad de las cláusulas contractuales discriminatorias, pero en ningún caso se configura como derecho necesario que debe ser adoptado por los Estados miembros en la transposición del derecho de la Unión.

Ya en su momento el Consejo de Estado informó desfavorablemente sobre la generalización de la declaración de nulidad los actos jurídicos discriminatorios que tuvieran lugar en las relaciones entre privados que se preveía en el entonces art. 9 del Anteproyecto de ley. Además, el órgano consultivo advertía que no contenía una regulación de dicha nulidad (circunstancias, condiciones y efectos, procedimiento para hacerla valer). GARCÍA RUBIO se suma a las críticas al flamante art. 10 LOIEMH, finalmente aprobado y promulgado, y cuestiona que la nulidad se trate de la mejor solución para hacer valer los derechos de la víctima⁴⁶. Considera que el sistema de remedios del derecho privado ofrece a la víctima otros mecanismos como el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminar y de indemnizar los daños y perjuicios causados por la conducta discriminatoria⁴⁷.

En contraposición, textos de *soft law* del derecho de contratos europeo enfocan en otra línea. El art. II.-7:301 del *Draft Common Frame of Reference* prevé la nulidad de contratos que infrinjan “un principio fundamental reconocido por las leyes de los Estados Miembros de la Unión Europea”⁴⁸, siempre que dicha nulidad sea necesaria para hacer eficaz el principio vulnerado. Configurado así, la nulidad no es una consecuencia automática, como ocurre en las leyes estatal y autonómicas expuestas, sino un recurso excepcional que al que acudir cuando resulte indispensable⁴⁹.

46 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Discriminación por razón de sexo”, *cit.*, pp. 151-152.

47 Sin embargo, las recientes iniciativas legislativas en trámite de ámbito estatal persisten en la declaración automática de la nulidad. Así se desprende del literal del art. 58 del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (impulsado por el Ministerio de Igualdad) y también del art. 23 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista).

48 GIMÉNEZ COSTA, A.: El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada”, en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (dir. por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, L’Hospitalet de Llobregat, 2012, p. 634.

49 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 726.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL, A.: "Discriminación directa e indirecta", *InDret* 1/2007, enero 2007, pp. 1-17.

AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción", en AA.VV.: *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución* (coord. por J. DELGADO ECHEVARRÍA), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2012, 12ª ed.

DÍEZ-PICAZO, L.: "Comentario al artículo 1258 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción a la teoría del contrato*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 6ª ed.

FERNÁNDEZ TORRES, I.: "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil", AA.VV.: *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. por A. MONTOYA MELGAR; coord. por Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21.

GIMÉNEZ COSTA, A.: "El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada", en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (dir. por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2012.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Cláusulas no negociadas individualmente", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 2ª ed.

NAVAS NAVARRO, S.: "Negativa a contratar y prohibición de discriminación (Derecho comunitario y Derecho europeo)", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, tomo LX, fasc. IV.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias", EN AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (dir. por C. SÁNCHEZ TRIGUEROS; A.V. SEMPERE NAVARRO), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.