
Teoria general del contracte

PID_00261202

Jesús Estruch
Rafael Verdera

Temps mínim de dedicació recomanat: 8 hores



Jesús Estruch**Rafael Verdera**

L'encàrrec i la creació d'aquest recurs d'aprenentatge UOC han estat coordinats per la professora: Aura Esther Vilalta (2019)

Primera edició: febrer 2019
© Jesús Estruch, Rafael Verdera
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Disseny: Manel Andreu
Realització editorial: Oberta UOC Publishing, SL



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. La delimitació del contracte	9
1.1. Perspectiva històrica del Dret de contractes	9
1.2. Les fonts normatives del Dret de contractes	10
1.3. La delimitació normativa del concepte de contracte	12
1.4. La configuració de la reglamentació contractual: el principi d'autonomia privada	14
1.5. La configuració de la reglamentació contractual: les condicions generals de la contractació	17
1.6. La configuració de la reglamentació contractual: les clàusules abusives	21
1.7. Les classes de contractes	24
2. Els elements del contracte	27
2.1. Qüestions generals	27
2.2. La capacitat per a contractar	28
2.3. El consentiment contractual	31
2.4. La desconexió entre la voluntat i la declaració	33
2.5. Els vicis en la formació del consentiment	36
2.6. L'objecte del contracte	41
2.7. La causa del contracte	43
2.8. La forma del contracte	47
3. Formació del contracte	51
3.1. Preliminar	51
3.2. La fase de preparació del contracte	52
3.3. La responsabilitat precontractual	53
3.4. L'oferta contractual	54
3.5. L'acceptació de l'oferta	56
3.6. El moment de perfecció del contracte	58
3.7. El lloc de perfecció del contracte	59
3.8. El precontracte	60
3.9. El dret d'opció	61
4. Interpretació, qualificació i integració del contracte	64
4.1. Preliminar	64
4.2. La interpretació del contracte	64
4.3. La qualificació del contracte	67

4.4. La integració del contracte	68
5. L'eficàcia del contracte.....	71
5.1. Preliminar	71
5.2. L'eficàcia bàsica del contracte: la vinculació de les parts	72
5.3. L'eficàcia bàsica del contracte: la relativitat del contracte	72
5.4. L'eficàcia del contracte respecte als tercers	73
5.5. El contracte a favor de tercer	74
5.6. El contracte per a persona que es designarà	76
5.7. Contracte amb promesa del fet d'un tercer	77
5.8. El contracte en dany de tercer	77
5.9. El subcontracte	78
5.10. La cessió de contracte	79
6. La ineficàcia del contracte.....	81
6.1. Preliminar: ineficàcia i invalidesa del contracte	81
6.2. Els tipus d'ineficàcia: el tractament de la nul·litat i l'anul·labilitat en el Codi civil espanyol	82
6.3. La nul·litat del contracte	84
6.4. L'anul·labilitat del contracte	87
6.5. La rescissió del contracte	92
6.6. La denúncia del contracte	97
6.7. El desistiment mutu contractual	99
Resum.....	100
Exercicis d'autoavaluació.....	101
Solucionari.....	102

Introducció

L'exposició d'una teoria general del contracte és, a primera vista, una mica paradoxal. Es posa en relleu un règim general predicable d'un contracte en abstracte que mai no ens trobarem a la realitat. En el tràfic jurídic-econòmic ens trobarem amb compravendes, arrendaments o donacions, o amb un ventall de contractes atípics. Són els mecanismes per mitjà dels quals les parts articulen les seves relacions de col·laboració i intercanvi. Ningú no celebra un contracte sense més ni més, però tots comprem, lloguem o regalem. La nostra vida es compon d'una constel·lació de contractes, com a conseqüència d'una major especialització i divisió social del treball.

Tot i que el Codi civil espanyol dedica tot el títol II del seu Llibre IV als contractes, hem d'abandonar el sil·logisme fàcil que ens porta a pensar que només cal conèixer la regulació del Codi civil per a saber tot el que cal d'aquesta matèria.

Ans al contrari, qui vulgui comprendre les claus que presideixen l'estructura general del contracte en l'actualitat ha de ser conscient que no es pot prescindir de diversos factors. D'antuvi, la legislació descodificada sobre contractes és molt abundant i repercuteix en les qüestions generals: des dels arrendaments urbans o rústics fins a la matèria de protecció de consumidors o usuaris. De la mateixa manera, els intents d'aproximació del Dret europeu han tingut una especial incidència en les qüestions generals dels contractes. I, finalment, resulta imprescindible una aproximació als criteris jurisprudencials per a tenir una idea total de quin és el Dret que realment s'aplica.

Convé insistir en aquesta importància de la jurisprudència i potser la millor manera de fer-ho és mostrar un parell d'exemples.

Qui llegeixi els art. 1278 a 1280 CC pot pensar que la regla general de llibertat de forma de l'art. 1278 CC és corregida per una excepció de forma constitutiva d'un abast tan ampli (art. 1280 CC) que acaba per ser la regla general. Aquesta impressió és falsa, perquè la jurisprudència ha matisat aquesta solució i ha reafirmat el criteri general espiritualista. La fórmula (o, si es prefereix una expressió més gràfica, el truc) serà exposada en el moment oportú.

Qui es limiti a llegir els art. 1300 i ss. CC pot arribar a la conclusió que l'única ineficàcia que hi ha en el nostre ordenament, derivada de la invalidesa del contracte, és la nul·litat i que sorgeix en casos de manca de capacitat o de vicis del consentiment. Novament, aquesta impressió és errònia: la jurisprudència ha construït un sistema dualista d'ineficàcia derivada de la invalidesa (nul·litat i anul·labilitat) amb les seves respectives causes i règim jurídic, i aquest sistema dualista és el que convé conèixer.

L'estructura d'aquest mòdul és molt senzilla. Comença amb l'exposició dels diversos sentits del contracte; es posa l'accent naturalment en el seu sentit jurídic, però s'hi incorporen breus pinzellades històriques i econòmiques. Es dedica una atenció especial a l'autonomia privada en la seva projecció al contracte i, lògicament, no es pot passar per alt l'anàlisi d'una qüestió tan important en l'actualitat com són les condicions generals de la contractació i de les clàusules abusives.

Els elements del contracte són estudiats amb deteniment, analitzant separatament la capacitat per a contractar, el consentiment, l'objecte, la causa i la forma. És important relacionar aquests elements amb l'eficàcia i la ineficàcia del contracte que s'exposen al final del mòdul.

Des que s'inicien les converses per a dur a terme un contracte fins que es perfecciona i s'executa, poden verificar-se vicissituds molt diverses. S'estudien quan s'analitza la formació del contracte, incidint especialment en qüestions problemàtiques com el moment de perfecció o el precontracte.

Un cop celebrat el contracte, pot arribar a ser necessari interpretar-lo, qualificar-lo o integrar-lo. Són problemes molt freqüents a la pràctica i que condicionen allò que les parts poden reclamar i exigir.

Com és lògic, cal conèixer quins són els efectes del contracte i qui afecten. S'exposa la regla general, però cal fer referència a una sèrie de situacions en què aquesta regla s'exclou o almenys es matisa (contractes a favor de tercers, per a persona que es designarà, en dany de tercers, promesa del fet de tercers, subcontracte, cessió de contracte).

I, finalment, és imprescindible constatar les formes d'ineficàcia que es plantegen en el nostre ordenament. Són moltes i variades, però és important distingir quan s'aplica cadascuna d'elles (pressupòsits d'exercici) i quines conseqüències jurídiques comporten (efectes).

La gran virtut d'una teoria general del contracte rau en el fet que permet projectar aquests diversos aspectes que hem anat exposant a tots els contractes concrets amb els que ens trobarem. Amb independència de les regles que específicament els siguin aplicables, una compravenda pot presentar problemes en la manifestació del consentiment, una donació pot plantejar un problema de forma, un arrendament suscitar un dubte sobre la vinculació de tercers, un mandat generar una controvèrsia sobre l'anul·labilitat del contracte, o un préstec desembocar en un incident relatiu a la seva interpretació. En aquest mòdul s'intenten proporcionar algunes respostes a aquests interrogants.

Objectius

En aquest mòdul es vol proporcionar els continguts i les eines procedimentals bàsiques per a assolir els objectius següents:

- 1.** Distingir els diversos sentits del contracte, i examinar l'abast de l'autonomia privada en la contractació.
- 2.** Valorar i jutjar la transcendència de les condicions generals de la contractació i de les clàusules abusives.
- 3.** Determinar la rellevància dels elements estructurals del contracte (capacitat per a contractar, consentiment, objecte, causa, i, si escau, forma) i la seva projecció en el pla de l'eficàcia i ineficàcia contractual.
- 4.** Conèixer els problemes que es plantegen en les diverses fases de formació d'un contracte.
- 5.** Aplicar els mecanismes d'interpretació, qualificació i integració del contracte.
- 6.** Diferenciar els plànols d'eficàcia del contracte i ponderar les conseqüències de les figures que s'aparten dels esquemes bàsics.
- 7.** Reconèixer les principals formes d'ineficàcia contractual, posant l'accent en la identificació dels seus pressupostos d'aplicació i de les seves conseqüències jurídiques.

1. La delimitació del contracte

1.1. Perspectiva històrica del Dret de contractes

1) Context històric del Dret contractual en el Codi civil espanyol

En un sentit històric cal ser conscients que, encara que aparentment les regles contractuals puguin no haver variat, les modificacions dels seus pressupostos econòmics i socials determinen un canvi substancial de sistema.

Els pressupòsits sobre els quals es fonamenta el Dret de contractes en el Codi civil són:

a) Un sistema econòmic basat en l'economia liberal i de mercat (*laissez faire, laissez passer*), amb una especial rellevància de les decisions individuals i de l'autonomia privada com a configuradores de les relacions jurídico-econòmiques.

b) Un plantejament que propicia i reforça el predomini burgès tant en l'economia com en la societat. Es considera el contracte com un instrument adequat per a estendre la prevalença de la burgesia en el mercat de capitals i de treball (pensem, per exemple, en la preferència de l'amo sobre el criat domèstic que evidencia l'art. 1584 CC).

c) Una concepció ideològica que pressuposa la igualtat de les parts contractants en el mercat. En deriva que el contracte es presenti formalment com un acord entre iguals. S'ignoren les desigualtats substancials entre les parts i ni tan sols es planteja la possibilitat d'introduir correccions al desequilibri entre les parts.

És sabut que en l'àmbit de la teoria general del contracte les reformes operades en el Codi civil espanyol han estat de caràcter secundari. Això pot transmetre la falsa impressió que el sistema jurídic amb prou feines ha experimentat variacions i que ens regim per les mateixes pautes que fa més de cent anys.

2) Factors de transformació del Dret contractual

No obstant això, la realitat és ben diferent perquè no es pot desconèixer l'impacte de determinats factors, entre els quals cal triar els següents:

- a) **La intervenció pública en el mercat** constitueix un element que vol corregir el predomini absolut dels plantejaments liberals, per a donar resposta a les transformacions socials.
- b) **La constatació del canvi de model econòmic** i dels problemes que des del punt de vista de la competència es deriven de l'existència de monopolis i oligopolis.
- c) **El progrés de la tècnica** facilita la producció massiva i de característiques homogènies.
- d) La societat de consum genera una **massificació i estandardització de les relacions contractuals**.
- e) **Els avenços tecnològics** propicien noves formes de contractació que exigeixen respostes específiques.
- f) **La creixent importància de la globalització i internacionalització de les relacions econòmiques** aconsella la superació d'una visió purament nacional del Dret de contractes.

1.2. Les fonts normatives del Dret de contractes

1) Codificació, descodificació i recodificació del Dret contractual

Al segle XIX podia afirmar-se amb una raonable seguretat que els elements necessaris per al coneixement complet del Dret de la contractació eren compendiats en el Codi civil i en el Codi de comerç.

En l'actualitat, si bé el Codi civil i el Codi de comerç contenen els traços bàsics d'aquest Dret de la contractació, és imprescindible fer referència a altres factors.

La descodificació del Dret contractual és conseqüència de la proliferació d'una normativa dictada al marge dels codis civil i de comerç, en la qual s'ofereixen regulacions especials en funció de diferents factors com les característiques de la relació contractual (arrendaments urbans, arrendaments rústics, transport, agència, contractació electrònica, alienacions amb oferta de restitució de preu, etc.) o dels subjectes que hi intervenen (especialment, quan es tracta de consumidors o usuaris).

Aquesta descodificació planteja almenys dos problemes fonamentals: la coordinació dels respectius àmbits d'aplicació d'aquestes normatives, i la coincidència dels principis inspiradors de la legislació descodificada amb la recollida en els codis civil i de comerç.

Cal assenyalar també que, davant d'aquest fenomen de descodificació, la codificació manté alguns dels seus valors: només cal recordar a aquest efecte la Proposta per a la modernització del Dret d'obligacions i contractes, elaborada el 2009 per la Comissió General de Codificació, que planteja una profunda reforma del Codi civil, o els intents de codificar sectors fins ara descodificats, com el Dret dels consumidors (no una altra cosa, sinó una mena de Codi de Dret del consum és el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries).

2) La internacionalització del Dret dels contractes

La internacionalització del Dret dels contractes és conseqüència de la internacionalització dels mercats i dels intercanvis. N'és una bona prova l'aplicació pels nostres tribunals de les normes contingudes en el Conveni de Viena (CV) sobre compravenda internacional de mercaderies, que és dret vigent al nostre país. No obstant això, la seva transcendència no es limita als casos en què és aplicable, ja que els seus criteris respecte a qüestions sobre formació del contracte o responsabilitat per incompliment són utilitzats com a pautes inspiradores fins i tot quan no siguin estrictament d'aplicació.

És, d'altra banda, cada vegada més freqüent que les sentències del Tribunal Suprem facin referència a principis, criteris o regles amb aquesta vocació d'internacionalització de les solucions. La pretensió d'incorporar uns criteris comuns de Dret privat es palesa en referències als Principis del Dret europeu dels contractes o de la responsabilitat civil, al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) o als Principis UNIDROIT.

3) Abast de la jurisprudència en el Dret contractual

Òbviament, la jurisprudència ha dut a terme una tasca d'actualització i de renovació dels criteris codificats en funció dels problemes concrets que se li sotmetien. De vegades, fins i tot l'evolució jurisprudencial ha hagut de ser zigzaguejant, al compàs de les exigències socials (o, si més no, de com les entenia el Tribunal Suprem: pensem, per exemple, com ha evolucionat la jurisprudència en relació amb els adquirents d'habitatge o amb els casos de doble venda). És cert que aquest pes de la jurisprudència pot afectar la seguretat jurídica i les seves variacions a la predictibilitat de les decisions, però és un cost assumible per a evitar l'anquilosament dels criteris legals, codificats o no.

Un àmbit en què el Tribunal Suprem ha actuat anticipant les solucions legals ha estat clarament el fenomen de l'atipicitat contractual, en què la jurisprudència ha contribuït a l'admissió de mecanismes jurídics que, més tard, han estat ratificats pel legislador (recordem, per exemple, el cas del contrac-

te d'aparcament de vehicles). Queda encara un importantíssim panorama de contractes atípics en què la jurisprudència continua exercint una funció essencial, i propicia la renovació del Dret de la contractació.

4) La identificació de la normativa aplicable en matèria contractual

La pluralitat normativa en relació amb el contracte planteja el problema d'identificació de la regulació aplicable. Aquest problema ja sorgeix en un àmbit purament civil (per exemple, s'aplica el Codi civil o la Llei d'arrendaments urbans a un determinat contracte d'arrendament?). Però, cal constatar que de vegades la selecció de la norma aplicable requereix que prèviament es determini si aquest contracte té o no caràcter civil.

a) El problema clàssic deriva de la contraposició entre una normativa civil i una altra mercantil per a certs contractes. En general, el Codi de comerç proporciona elements per a establir el respectiu àmbit d'aplicació (per exemple, art. 244 –comissió–, 303 –dipòsit–, 311 –préstec–, 325 i 326 –compravenda–, 439 –fiança–, CCom, entre altres), tot i que cal assenyalar que una part de la doctrina mercantil mostra la seva insatisfacció amb aquests criteris i propugna la qualificació com a mercantils de tots els contractes d'empresa.

b) Però, el problema sorgeix també en altres àmbits, en què les diferències de règim són més acusades. S'ha de precisar quan la prestació de serveis ha de ser qualificada com a contracte de treball (el contracte de treball era inicialment un subtipus del contracte de serveis) o quan els contractes del sector públic se sotmeten o no al Dret privat (no tot contracte del sector públic té caràcter administratiu, sinó que pot tenir caràcter privat). La qüestió en aquest punt no només és d'identificació de la normativa aplicable, sinó també de la jurisdicció competent (art. 9 LOPJ).

1.3. La delimitació normativa del concepte de contracte

1) Criteris del Codi civil en la configuració del contracte

El Codi civil espanyol no ofereix un concepte de contracte, sia perquè no és funció del legislador proporcionar definicions, sia perquè se'n pressuposava el concepte i no es considerava necessari plasmar-ho en el Codi civil.

Certament, el Codi civil subministra materials suficients per a intentar reconstruir un concepte normatiu de contracte. Els preceptes en què hem de fixar la nostra atenció per a perfilar aquesta noció són els següents:

- Art. 1089 CC, que esmenta el contracte entre les fonts de les obligacions.
- Art. 1091 CC, que estableix la vinculació contractual («força de llei entre les parts contractants») i el deure d'observança de la reglamentació con-

tractual (tradicionalment conegut com a *pacta sunt servanda*: 'els pactes han de ser observats').

- Art. 1254 CC, que determina la rellevància del consentiment comú en la creació de la relació entre les parts.

D'acord amb aquests elements, pot deduir-se que el concepte de contracte subjacent en el plantejament del Codi civil és un concepte clàssic que el contempla com un acord de voluntats de dues o més persones, dirigit a crear obligacions entre elles.

2) Revisió del concepte clàssic de contracte

Aquesta concepció clàssica s'ha de matisar ja que no respon adequadament a una sèrie d'objeccions:

a) Insuficiència del mer acord de voluntats: el propi Codi civil, en el seu art. 1261, desmenteix la idea de la suficiència de la simple voluntat dels interessats, ja que exigeix altres requisits diferents al consentiment.

b) Manca d'identificació del contingut de la reglamentació contractual amb l'acord de les parts: el contingut de la relació contractual no es deriva únicament i exclusivament dels acords entre les parts. Hi ha altres elements que s'han de tenir en compte, sia pel seu caràcter imperatiu (art. 1255 CC), sia per la seva funció integradora (art. 1258 CC), per a conèixer exactament quin és aquest contingut.

c) Altres funcions del contracte en l'àmbit obligacional: res no impedeix que el contracte tingui com a finalitat aspectes que no siguin estrictament la constitució de relacions obligatòries, com pot ser la modificació d'una relació ja existent o la seva extinció (desistiment mutu).

d) Efectes jurídic-reals dels contractes: sense negar que els contractes es mouen en el pla jurídic-obligatori, no es pot oblidar l'abast que, tal com preveu l'art. 609 CC, poden arribar a tenir en el pla jurídic-real, en constituir, modificar o extingir aquest tipus de relacions.

3) Vessants de la noció jurídica de contracte

Cal tenir en compte que la paraula *contracte* (igual que succeeix amb la paraula *obligació*) amaga un cert equívoc, ja que amb ella ens podem referir a qüestions diverses, encara que connexes:

a) El contracte com a acte jurídic: acció dels interessats a la qual l'ordenament atribueix uns determinats efectes.

b) **El contracte com a norma:** disciplina o reglamentació a la qual les parts sotmeten la seva conducta (*lex contractus*).

c) **El contracte com a relació jurídica:** situació en què queden les parts un cop celebrat el contracte.

1.4. La configuració de la reglamentació contractual: el principi d'autonomia privada

1) La llibertat contractual

El contracte constitueix una manifestació de l'autonomia privada i del seu correlat, la llibertat de contractació. La llibertat contractual pot fonamentar-se constitucionalment en el reconeixement de la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10 CE), i en la consagració de la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat (art. 38 CE).

La llibertat contractual significa conferir a l'individu la lliure opció entre contractar i no contractar, amb llibertat també d'elegir l'altre contractant. Les parts poden triar el tipus contractual que millor s'ajusta als seus interessos, i ni tan sols estan constrets a inclinar-se per un dels tipus legals, ja que s'admet la lliure construcció d'altres models contractuals (contractes atípics). Igualment, les parts poden modificar lliurement el contingut legal dels contractes. Ara bé, la llibertat contractual té certs límits.

Tots dos extrems (la llibertat contractual i els seus límits) apareixen clarament en el fonamental art. 1255 CC, en virtut del qual «els contractants poden establir els pactes, clàusules i condicions que tinguin per convenient, sempre que no siguin contraris a les lleis, a la moral, ni a l'ordre públic». Vegem ara amb més detall quin abast tenen aquests límits.

2) La llei com a límit de la llibertat contractual

Les normes de caràcter imperatiu no poden ser excloses o derogades per la voluntat de les parts, a diferència del que succeeix amb les normes dispositives. El problema que se suscita sempre és el de precisar quan una determinada norma revesteix un o altre caràcter. La doctrina nega que del Codi civil espanyol es pugui extreure una regla general favorable a la dispositivitat o la imperativitat de les normes. Es tracta, per tant, d'un problema d'interpretació de les normes, amb tots els problemes d'aplicació que això significa. En qualsevol cas, pot acceptar-se que, en principi, tenen caràcter imperatiu les normes que estableixen prohibicions i les que preveuen la nul·litat en cas de contravençió.

3) La moral com a límit de la llibertat contractual

Més difícil és precisar què s'ha d'entendre per moral a aquest efecte. És clar que no se li pot donar un significat religiós, i que s'ha d'intentar reconduir al conjunt de conviccions ètiques imperants en una determinada societat en un moment històric. Es tracta, doncs, d'un concepte indeterminat i de contingut variable històricament.

El jutge ha de tractar d'establir quines són aquestes conviccions ètiques predominants i utilitzar-les com a cànon per a valorar l'admissibilitat d'un determinat comportament. Òbviament, el jutge no pot substituir la valoració de l'opinió col·lectiva per la que professa personalment.

4) L'ordre públic com a límit de la llibertat contractual

Es plantegen dificultats semblants quan es tracta de concretar quin abast té aquesta referència a l'ordre públic.

Clarament, l'ordre públic no es pot identificar sense més ni més amb les normes imperatives, ja que llavors es produiria una redundància sense sentit. Per això, se suggereix l'assimilació de l'ordre públic amb els principis fonamentals i rectors de la comunitat.

En l'actualitat, l'ordre públic té una clara plasmació en els drets i principis consagrats constitucionalment. Des d'aquesta perspectiva, no són admissibles els pactes que vulneren la dignitat de la persona o els seus drets fonamentals.

5) L'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars

Les anteriors consideracions condueixen a plantejar un problema de gran abast, com ara la determinació de l'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars¹ (també conegut com a *Drittwirkung der Grundrechte*).

Òbviament, el grau d'incidència d'aquests drets fonamentals no pot ser el mateix que davant els poders públics. Hi ha, com hem vist, un fonament constitucional de l'autonomia privada. D'altra banda, no tots els drets fonamentals exigeixen la mateixa intensitat en la seva projecció: resulta especialment rellevant en aquest punt la transcendència del principi d'igualtat i la prohibició de discriminació derivada dels factors que enuncia l'art. 14 CE.

El plantejament que predomina en la jurisprudència constitucional és el de l'eficàcia indirecta dels drets fonamentals, és a dir, la consideració que els drets fonamentals només vinculen els particulars de manera indirecta o mediata, és a dir, en la mesura que els poders públics n'haguessin definit l'abast, mitjançant, fonamentalment, l'acció del legislador (en regular les relacions de dret privat) i dels jutges (en conèixer controvèrsies entre particulars, vetllant perquè els drets fonamentals siguin respectats en les relacions *inter privatos*).

⁽¹⁾Es pot extingir el contracte de serveis d'una advocada perquè s'ha quedat embarassada? Es pot decidir no vendre pisos en un edifici a persones de raça negra o ètnia gitana? Es pot contractar com a models de llenceria només dones que tinguin unes determinades proporcions físiques?

La solució a aquesta qüestió no es pot assolir de manera absoluta: cal ponderar una sèrie de factors el pes diferent dels quals, segons les circumstàncies, pot incidir en la solució que s'ha d'adoptar.

a) En l'àmbit del dret privat, l'autonomia privada té un caràcter angular.

b) Els particulars poden ser arbitraris (i discriminatoris) en la selecció dels seus cocontractants i en la regulació de les seves relacions amb ells i no tenen per què justificar les seves decisions.

c) No tots els drets fonamentals plantegen el problema amb la mateixa intensitat, i la qüestió se centra sobretot pel que fa a la igualtat i prohibició de discriminacions típiques.

d) No tots els actes són afectats de la mateixa manera per l'eficàcia dels drets fonamentals².

e) Han de ponderar-se els béns jurídics en conflicte, atenent les circumstàncies: s'ha de valorar si, d'acord amb el principi de proporcionalitat, la limitació que afecta un dret fonamental (assenyaladament, la dignitat de la persona) està justificada per la protecció d'un altre dret fonamental, entre els quals destaca el lliure desenvolupament de la personalitat.

i) En relació amb la llibertat per a contractar (és a dir, la llibertat de dur a terme l'acte o de realitzar-lo amb certa persona), s'ha d'afirmar en principi la prevalença de l'autonomia privada. Només cal una solució diferent quan concorre un exercici abusiu –anticonstitucional– d'un dret (art. 7.2 CC). Hi ha abús de dret en una negativa a contractar quan implica un tracte vexatori per al rebutjat.

ii) En la relació amb la llibertat per a determinar el contingut del contracte, cal valorar els béns jurídics en conflicte i matisar l'abast de l'autonomia privada. Encara que és constitucionalment admissible limitar els drets propis per contracte, els drets fonamentals estan fora del comerç i no hi caben renúncies a la titularitat.

Cal tenir en compte, per acabar, aplicacions d'aquests plantejaments: ha de ser preferida l'acció legislativa en la concreció de l'abast dels drets fonamentals, perquè la intervenció judicial pot donar lloc a decisions heterogènies i incompatibles amb la seguretat jurídica.

6) Derogacions de la llibertat contractual

Com a derogacions de la llibertat contractual s'admeten, amb caràcter excepcional, els supòsits de contractes forçosos i contractes normats.

⁽²⁾En l'àmbit del dret privat, els supòsits en què amb més claredat s'ha admès que els drets fonamentals vinculen els particulars són les relacions laborals i les derivades de l'existència d'una associació.

a) **Els contractes forçosos** són els que limiten la llibertat de les parts de contractar o no. Com a conseqüència d'una decisió normativa, les parts, o almenys una d'elles, són obligades a celebrar un determinat tipus de contracte (per exemple, contractació obligatòria d'una assegurança per als propietaris de vehicles de motor: art. 2 del Reial decret legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor, o d'una garantia contra certs danys vinculats amb l'edificació: art. 19 i disp. adic. 2a LOE). És possible que l'autoritat estatal estableixi el contingut d'aquest contracte o que ho deixi a la llibertat de les parts.

b) **Els contractes normats** (també anomenats contractes dictats o reglamentats) no afecten la llibertat de contractar o no. Les parts poden decidir no contractar, però, si ho fan, el contingut del contracte s'ha de sotmetre als criteris imposats per una determinada norma. En el fons, aquests contractes són aquells el règim jurídic dels quals està bàsicament o exclusivament compost per normes imperatives.

1.5. La configuració de la reglamentació contractual: les condicions generals de la contractació

1) Fonament de l'ús de les condicions generals de la contractació

La massificació i l'estandardització dels sistemes de producció han conduït al fet que aquests caràcters es projectessin al consum i propiciessin de manera gairebé inevitable que la contractació d'aquests béns s'articulés fonamentalment per mitjà de contractes d'adhesió o de condicions generals de la contractació.

L'ús de condicions generals de la contractació ofereix indubtables avantatges per a l'empresa:

- a) Redueix els costos de celebració i de regulació dels contractes.
- b) Afavoreix la divisió de tasques dins de l'organització empresarial i la coordinació entre els seus membres.
- c) Permet el càlcul anticipat del cost de producció dels béns i serveis empresarials.

No hi ha dubte tampoc que les condicions generals de la contractació comporten inconvenients de certa rellevància. D'una banda, la predisposició unilateral i la manca de possibilitat real de negociació generen desequilibri en el contingut del contracte. I, de l'altra, aquesta possible existència de desequilibri augmenta quan l'adherent és un consumidor.

Atès que no és aconsellable ni la prohibició general de l'ús de condicions generals, ni la manca de qualsevol tipus de supervisió, el nostre ordenament s'inclina, mitjançant la Llei 7/1998, de 13 d'abril, de condicions generals de la contractació, per efectuar-ne un control d'incorporació al contracte, acompanyat de la formulació de determinades regles d'interpretació; en canvi, es renuncia a la previsió d'un control del contingut d'aquestes condicions generals.

2) L'abast del control de transparència

A més dels possibles controls d'incorporació i de contingut, cal referir-se a l'anomenat control de transparència. De l'art. 4.2 de la Directiva 93/13 es dedueix, malgrat no haver estat incorporat a la legislació espanyola, que no és viable un control de contingut de l'objecte principal del contracte ni de l'adequació entre el preu i la seva contraprestació, en l'àmbit de les condicions generals i clàusules predisposades. En canvi, aquest control de contingut és el que, en el marc dels contractes amb consumidors, permet eliminar les clàusules abusives com a causants d'un desequilibri, no en les contraprestacions, sinó en els drets i obligacions de les parts. La idea bàsica que justifica aquesta exempció del control de contingut és el respecte necessari a la llibertat de preus en el marc d'una economia de mercat. El mateix art. 4.2 de la Directiva permet, però, que les condicions generals o clàusules predisposades que afectin els elements essencials del contracte puguin estar sotmeses a un control de transparència en exigir que la seva redacció sigui clara i entenedora.

3) La delimitació de les condicions generals de la contractació

L'art. 1.1 LCGC ens ofereix un concepte de condicions generals de la contractació i les defineix com «les clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts, amb independència de la seva autoria material, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualsevol altres circumstàncies, i que han estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes». Per tant, les notes característiques de les condicions generals són:

a) La predisposició unilateral, entesa com la preparació o preelaboració de les condicions per una de les parts.

b) La generalitat de les condicions, ja que són redactades per a ser incorporades a una pluralitat de contractes.

c) La imposició, és a dir, la inevitabilitat de la seva aplicació i la inexistència de negociació individualitzada, atès que són imposades per una de les parts. Això no vol dir que es forci el consentiment contractual, sinó que si l'adherent vol contractar ho ha de fer necessàriament amb aquest contingut.

Tots aquests elements s'han de donar cumulativament perquè pugui parlar-se de condicions generals. En sentit negatiu, són irrellevants qüestions formals com l'autoria material de les clàusules, l'aparença externa o l'extensió. Per això, també un contracte manuscrit o molt breu pot quedar sotmès a l'àmbit d'aplicació de la Llei de condicions generals de la contractació.

És irrellevant que el predisponent tingui una posició de domini en el mercat. També és irrellevant que l'adherent disposi o no d'alternatives raonables a la de contractar sotmès a aquestes condicions generals.

No s'han de considerar condicions generals de la contractació les que regulen els elements essencials del contracte (com preu, forma de pagament o producte), ja que sobre aquests elements sí que recau la voluntat de l'adherent, sense perjudici del possible control de transparència.

Aquesta enumeració de característiques permet posar en relleu que l'existència de condicions generals no depèn que l'adherent sigui un consumidor: també es pot parlar de condicions generals quan l'adherent sigui un professional o un empresari (art. 2.1 i 3 LCGC). Per contra, el predisponent sempre ha de ser un professional o empresari que actua en el marc de la seva activitat (art. 2.2 LCGC).

4) Requisits d'incorporació de les condicions generals de la contractació

En el plantejament legal, la protecció dels adherents, en cas de condicions generals de la contractació, es produeix per mitjà d'uns mecanismes que tracten de garantir que puguin conèixer el contingut d'aquestes condicions. Són mecanismes que tenen l'objectiu de determinar quan aquestes condicions generals formen part, o no, de la reglamentació contractual. És un control d'incorporació o d'inclusió.

Els requisits necessaris perquè les condicions generals s'incorporin al contracte són establerts per l'art. 5 LCGC, i cal distingir diversos supòsits d'inclusió o incorporació:

a) Requisits d'inclusió per als contractes documentats per escrit. L'adherent ha d'acceptar la incorporació, tots els contractants han de signar el contracte i el contracte ha d'informar de l'existència de condicions generals. No hi ha acceptació de l'adherent si el predisponent no l'informa expressament de l'existència d'aquestes condicions i no n'hi faciliten un exemplar (art. 5.1 LCGC).

b) Requisits d'inclusió per als contractes no documentats per escrit. Quan el predisponent lliuri un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda (per exemple, un tiquet de caixa), n'hi haurà prou que el predisponent anunciï les condicions generals en un lloc visible dins del lloc en el qual se celebra el negoci, que les insereixi a la documentació del contracte que n'acompanya

la celebració; o que, de qualsevol altra manera, garanteixi a l'adherent una possibilitat efectiva de conèixer-ne l'existència i el contingut en el moment de la celebració (art. 5.3 LCGC). L'amplitud d'aquest últim supòsit pot diluir la protecció dels adherents.

En efecte, dels criteris legals es desprèn que, en ser la regla general en el nostre ordenament la no necessitat que els contractes es documentin per escrit, no més cal que el predisponent garanteixi a l'adherent una possibilitat efectiva de conèixer-ne l'existència i el contingut en el moment de la celebració (art. 5.3 LCGC) o que hagi tingut l'oportunitat real de conèixer-ho de manera completa en el moment de la celebració del contracte [art. 7.a LCGC]. Si es compleixen aquests requisits, les condicions generals s'incorporen al contracte, amb independència del seu contingut.

Un requisit general d'incorporació és que les condicions generals estiguin redactades de manera transparent, clara, concreta i senzilla (art. 5.5 LCGC).

5) La nul·litat de les condicions generals de la contractació

A més del control d'incorporació, la Llei de condicions generals de la contractació preveu certs supòsits en què les condicions generals poden incórrer en nul·litat:

a) Són nul·les de ple dret les condicions generals que contradiguin en perjudici de l'adherent allò que disposa la Llei de condicions generals, o qualsevol altra norma imperativa o prohibitiva, llevat que s'hi estableixi un efecte diferent en el cas de contravenció (art. 8.1 LCGC; *vid.* també art. 6.3 CC).

b) També són nul·les de ple dret les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s'hagi celebrat amb un consumidor (art. 8.2 LCGC; *vid.* també art. 83.1 TRLGDCU).

6) Efectes de la no incorporació o de la nul·litat de les condicions generals

Un cop establert en quins casos les condicions generals de la contractació no s'incorporen al contracte o són nul·les, cal determinar com queda la reglamentació contractual, en haver-se'n retallat una part. Convé, doncs, exposar els efectes de la no incorporació o de la nul·litat de les condicions generals.

La solució per la qual s'opta és una solució moderada. La concurrència d'una condició general no incorporada o nul·la no significa com a regla general la ineficàcia de tot el contracte. Sobre la possible subsistència del contracte sense aquestes condicions no incorporades o nul·les s'ha de pronunciar l'òrgan judicial davant del qual es plantegi la qüestió. La ineficàcia total del contracte només es determina, si aquest no pot subsistir sense aquestes clàusules (art. 10.1 LCGC).

Si es tracta d'un supòsit d'ineficàcia parcial, sia per no incorporació, sia per nul·litat, la part del contracte afectada s'integra d'acord amb el que disposa l'art. 1258 CC i les disposicions en matèria d'interpretació del Codi civil³ (art. 10.2 LCGC).

⁽³⁾La previsió legal no és gaire rigorosa ja que combina, sense distingir-ne adequadament l'abast, la integració i la interpretació contractual.

7) Regles d'interpretació de les condicions generals de la contractació

Finalment, s'ha de ressaltar que la Llei de condicions generals de la contractació també preveu certes regles d'interpretació d'aquestes condicions generals. Aquestes regles, contingudes en l'art. 6 LCGC, són les següents:

- a) Prevalença de les condicions particulars del contracte sobre les condicions generals, tret que aquestes siguin més beneficioses per a l'adherent.
- b) Resolució a favor de l'adherent dels dubtes en la interpretació de les condicions generals.
- c) Aplicació supletòria de les regles d'interpretació del Codi civil (és a dir, els art. 1281-1289 CC).

1.6. La configuració de la reglamentació contractual: les clàusules abusives

1) El control de les clàusules abusives com a mecanisme de protecció dels consumidors

Mentre que en relació amb les condicions generals de la contractació, el control dissenyat pel legislador es limita a qüestions d'incorporació i interpretació, sense entrar a valorar-ne el contingut, la categoria de les clàusules abusives, per contra, se centra fonamentalment en un control del contingut dels acords contractuals.

El possible control del contingut no es projecta als elements essencials del contracte perquè, com subratlla Jesús Alfaro, respecte dels elements essencials del contracte, el consumidor tenia una opció alternativa raonablement disponible a la de contractar: optar pel producte o servei d'un competidor. Per això, els contractes celebrats d'acord amb clàusules predisposades són contractes perfectament normals pel que fa als elements essencials del contracte i són peculiars pel que fa a les clàusules predisposades que s'ocupen dels elements no essencials del contracte.

En conseqüència, cal sotmetre a control del contingut les clàusules respecte de les quals el consumidor s'ha limitat a adherir-se, cosa que condueix a declarar la nul·litat de totes aquelles que siguin desequilibrades, és a dir, que substituïen el dret supletori per regles que siguin perjudicials per al consumidor i beneficioses per a l'empresari predisponent (Jesús Alfaro).

Tot i que el terreny de major transcendència de les clàusules abusives és el dels contractes amb consumidors, com veurem a continuació, cal tenir en compte que l'art. 9 de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, de lluita contra la morositat en les operacions comercials, regula un supòsit de clàusula abusiva entre empresaris⁴.

⁽⁴⁾Hi ha, a més, un corrent jurisprudencial, encara minoritari, que propugna l'extensió de la protecció dispensada als consumidors pel que fa al contingut de les clàusules a altres categories d'adherents, com els professionals o les PIMES.

2) La delimitació de les clàusules abusives

En els contractes amb consumidors i usuaris, amb caràcter general, l'art. 80.1 TRLGDCU estableix que les clàusules no negociades individualment han de complir els requisits següents:

- a) «Concreció, claredat i senzillesa en la redacció, amb possibilitat de comprensió directa, sense reenviaments a textos o documents que no es facilitin prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte, i als quals, en tot cas, s'ha de fer referència expressa en el document contractual».
- b) «Accessibilitat i llegibilitat, de manera que permeti al consumidor i usuari el coneixement previ a la celebració del contracte sobre la seva existència i contingut. En cap cas no s'entendrà complert aquest requisit si la mida de la lletra del contracte és inferior al mil·límetre i mig o el contrast insuficient amb el fons fa difícil la lectura».
- c) «Bona fe i equilibri just entre els drets i obligacions de les parts, cosa que en tot cas exclou la utilització de clàusules abusives».

Com es pot comprovar, aquest precepte connecta el caràcter abusiu de les clàusules amb la bona fe i l'equilibri entre les parts, dos conceptes jurídics genèrics i indeterminats. Per això, la definició legal de clàusula abusiva desenvolupa aquests criteris: «es consideren clàusules abusives totes les estipulacions no negociades individualment i totes les pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte» (art. 82.1 TRLGDCU).

En conseqüència, la noció de clàusula abusiva, en relació amb els consumidors, es dissenya legalment d'acord amb les notes bàsiques següents:

- a) No s'ha d'haver produït una negociació individual de la clàusula, cosa que s'ha de valorar atenent la fase de preparació del contracte.

L'art. 82.2 TRLGDCU n'afegeix dues precisions. D'una banda, la negociació individual de certs elements d'una clàusula o d'una clàusula aïllada no exclou l'aplicació de les normes sobre clàusules abusives a la resta del contracte. De l'altra, l'empresari que afirmi que una determinada clàusula ha estat negociada individualment assumeix la càrrega de la prova d'aquesta circumstància.

b) El caràcter abusiu es pot predicar tant de les clàusules com les pràctiques no consentides expressament.

c) La clàusula ha de ser contrària a la bona fe. La bona fe ha de ser entesa en sentit objectiu com un model de conducta contractual lleial i honesta, en funció del tipus de contracte.

d) La clàusula ha de causar, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte. La doctrina sol considerar que aquest desequilibri és fonamentalment un desequilibri jurídic, sense que l'abusivitat valori el contingut econòmic del contracte (la qual cosa és rellevant per a excloure, per exemple, l'abusivitat per l'adequació entre preu i prestació).

e) La valoració de l'abusivitat no s'ha de fer analitzant aïlladament cada clàusula, sinó tenint en compte tot el contingut del contracte, la naturalesa dels béns o serveis objecte del contracte i totes les circumstàncies concurrents en el moment de la seva celebració (art. 82.3 TRLGDCU).

La fórmula general de l'art. 82 TRLGDCU per si sola ja és suficient per a dur a terme una ponderació del caràcter abusiu d'una determinada clàusula. No obstant això, amb la intenció d'augmentar la protecció dels consumidors, es preveu el que s'anomena una «llista negra» de clàusules que han de ser qualificades com a abusives, sense necessitat de majors valoracions.

Tot i que la pretensió legislativa és que es tracti d'una «llista negra» de clàusules (l'art. 82.4 TRLGDCU diu que «en tot cas» són abusives), a la pràctica moltes incorporen criteris indeterminats («excessivament llarg o insuficientment determinat», «desproporcionadament breu», «antelació raonable», «desproporcionadament alta», «obstacles onerosos o desproporcionats», etc.) que han de ser analitzats casuísticament pels tribunals, per a reduir substancialment l'automatisme de la seva consideració com a clàusula abusiva.

Sense que es puguin detallar ara tots els supòsits concrets de clàusules abusives (hi ha gairebé quaranta clàusules, i algunes d'elles contenen diversos tipus de situacions), podem deixar constància dels diversos grups de casos (tot i que la classificació legal sigui de vegades un pèl discutible):

a) Clàusules abusives perquè vinculen el contracte a la voluntat de l'empresari (art. 85 TRLGDCU).

b) Clàusules abusives per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari (art. 86 TRLGDCU).

c) Clàusules abusives per manca de reciprocitat (art. 87 TRLGDCU).

d) Clàusules abusives sobre garanties (art. 88 TRLGDCU).

e) Clàusules abusives que afecten el perfeccionament i execució del contracte (art. 89 TRLGDCU).

f) Clàusules abusives sobre competència i dret aplicable (art. 90 TRLGDCU).

3) Efectes de la qualificació d'una clàusula com a abusiva

Quines són les conseqüències jurídiques de la qualificació d'una clàusula com a abusiva? Segons l'art. 83.1 TRLGDCU, les clàusules abusives són nul·les de ple dret i es tenen per no posades.

Som llavors davant d'un problema similar a l'exposat en relació amb les condicions generals de la contractació no incorporades o nul·les, ja que cal completar els aspectes mancats de regulació com a conseqüència d'aquella nul·litat.

Com a conseqüència de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, s'ha produït una important modificació dels criteris legals per Llei 3/2014, de 27 de març. Es manté el criteri de la nul·litat de les clàusules abusives (i el fet que es tinguin per no posades). I s'estableix que «el jutge, després d'audiència de les parts, ha de declarar la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, però, continua essent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense aquestes clàusules» (art. 83 TRLGDCU).

Ha desaparegut, per tant, la facultat judicial d'integrar el contracte que contenia clàusules abusives o de moderar-ne el contingut. Però, la pregunta que continua vigent és si això exclou la possibilitat d'omplir la llacuna contractual mitjançant el recurs al dret supletori. La jurisprudència comunitària s'inclina per l'exclusió de la integració o de la moderació judicial, però no rebutja, com és lògic, que la llacuna contractual sigui satisfeta amb referència al dret supletori (almenys, quan aquesta llacuna aboqui a la nul·litat de tot el contracte). La STJUE de 30 d'abril de 2014 assenyala que «l'art. 6, apartat 1, de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que, en una situació [...] en la qual un contracte conclòs entre un professional i un consumidor no pot subsistir després de la supressió d'una clàusula abusiva, aquesta disposició no s'oposa a una normativa nacional que permet al jutge nacional esmenar la nul·litat d'aquesta clàusula substituint-la per una disposició supletòria del dret nacional».

1.7. Les classes de contractes

Els contractes es poden classificar tenint en compte una gran varietat de criteris distintius. No tots els criteris revesteixen la mateixa importància. La principal virtut d'aquestes classificacions rau en el fet que permet establir analogies i diferències entre els contractes, i completar-ne de vegades el règim jurídic. Òbviament, els criteris de classificació no són excloents i d'un mateix contracte es poden predicar característiques diferents en funció del criteri que

s'adopti. Farem aquí tan sols una exposició clàssica i bàsica dels criteris de distinció més rellevants, sense entrar en un desenvolupament o matisació de cadascun d'aquests criteris.

a) Pels vincles obligatoris que neixen del contracte. Els contractes són unilaterals quan generen obligacions únicament a càrrec d'una de les parts, i són bilaterals o sinal·lagmàtics, quan generen obligacions recíproques a càrrec de les dues parts.

b) Per les atribucions patrimonials derivades del contracte. Els contractes són onerosos quan hi ha atribucions patrimonials a càrrec de les dues parts, i són gratuïts quan hi ha atribucions patrimonials a càrrec d'una sola de les parts.

La qualificació d'un contracte com a oneros o gratuït n'afecta de manera intensa el règim jurídic: regles sobre capacitat i forma, exigència de responsabilitat (art. 638, 1726 i 1752 CC), criteris d'interpretació (art. 1289 CC), etc.

c) Per la incertesa sobre la relació d'equivalència. Els contractes són commutatius quan la relació d'equivalència de les prestacions a càrrec de les dues parts és fixada prèviament de manera immodificable, i són aleatoris, quan aquesta relació d'equivalència no és fixada de manera prèvia i rígida: l'«alea» és volgut per les parts com a element essencial de la funció del contracte.

Per exemple, és commutatiu l'arrendament de cosa, i aleatori l'assegurança o la renda vitalícia.

Tot i que la contraposició entre negocis commutatius i aleatoris sol presentar-se, tradicionalment, com a subespècie dels negocis onerosos, els contractes aleatoris també poden ser gratuïts, com succeeix, per exemple, amb la constitució d'una renda vitalícia a títol gratuït (art. 1807 CC).

La rellevància de la distinció es constata no només en el diferent grau de vinculació de les parts, sinó també en la possible aplicació de la rescissió per lesió o de la doctrina de la clàusula *rebus sic stantibus* per alteració sobrevinguda de les circumstàncies del contracte.

L'art. 1790 CC indica que «pel contracte aleatori, una de les parts, o ambdues recíprocament, s'obliguen a donar o fer alguna cosa en equivalència del que l'altra part ha de donar o fer per al cas d'un esdeveniment incert, o que ha d'ocórrer en temps indeterminat». No obstant això, l'expressió legal és poc afortunada i no permet distingir adequadament els contractes aleatoris dels condicionals. És més convenient assenyalar que, bàsicament, en els contractes aleatoris la incertesa es refereix a l'abast o contingut de les prestacions que cal executar o a la seva relació respectiva, i en els contractes condicionats a l'existència o l'eficàcia del contracte considerat en si mateix.

d) Per la manera en què es pacta el seu contingut. Els contractes per negociació són aquells en què les parts discuteixen o estan en posició de discutir el contingut del contracte; en canvi, els contractes per adhesió són aquells en què hi ha una preredacció prèvia unilateral del contracte per una part i l'altra només pot acceptar-lo o rebutjar-lo.

Exemple

Per exemple, és bilateral el contracte de serveis, i unilateral el préstec mutu (que només fa néixer l'obligació del prestatari de retornar la suma prestada).

Exemple

Per exemple, és oneros el contracte d'obra, i gratuïta la donació.

Encara que tradicionalment el paradigma han estat els contractes per negociació, els contractes per adhesió, mitjançant l'ocupació de condicions generals de la contractació, són actualment el supòsit més freqüent.

e) Pels requisits exigits per a la seva perfecció. Els contractes són consensuals quan es perfeccionen pel mer acord de voluntats; són formals quan, per a la seva perfecció, exigeixen, a més de l'acord, una determinada forma especial, i són reals, quan la seva perfecció requereix, a més de l'acord, el lliurament de la cosa objecte del contracte.

Exemple

Per exemple, és consensual la compravenda (art. 1450 CC), formal, la donació (art. 632 i 633 CC), i real, el dipòsit (art. 1758 CC).

f) Pel nombre de parts que hi intervenen. Els contractes són bilaterals, quan hi intervenen dues parts (aquesta és la regla general i no hi pot haver un contracte en el qual intervingui una sola part), i són plurilaterals quan en el contracte intervenen més de dues parts.

Els exemples bàsics de contracte plurilateral són la societat (art. 1665 CC) i els contractes associatius.

La terminologia no ha de portar a confusió: els contractes són sempre bilaterals o plurilaterals, en funció del nombre de parts contractuals. Però, poden ser unilaterals o bilaterals (també anomenats sinal·lagmàtics), en funció de si els vincles obligatoris o les prestacions derivades del contracte sorgeixen per només una o per les dues parts del contracte.

g) Per la seva previsió i regulació normativa. Els contractes són típics quan són previstos i regulats per l'ordenament jurídic; són, en canvi, atípics quan no són ni tan sols esmentats per l'ordenament o bé són esmentats, però no apareixen regulats per l'ordenament.

Per exemple, és típica la compravenda, i atípics el contracte d'hostaleria i l'*outsourcing*.

L'atipicitat pot tenir un caràcter transitori: per exemple, la Llei 15/2009, de 11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies, introdueix una regulació del contracte de mudança (art. 71 a 77).

En Dret espanyol, l'atipicitat pot ser diferent en funció de l'àmbit que es prediqui: per exemple, el contracte de permuta de solar per obra futura és atípic en l'àmbit estatal, però típic en el Dret català (art. 621-58 a 66 CCCat).

El problema fonamental que plantegen els contractes atípics és el de la determinació del règim jurídic que se'ls aplica.

2. Els elements del contracte

2.1. Qüestions generals

1) Sentit d'una part general dels contractes

Quin és el sentit d'una part general dels contractes? En el Codi civil espanyol, l'existència d'una part general sobre contractes (títol II del Llibre IV: «dels contractes», que abasta els art. 1254-1314) té indubtables avantatges des del punt de vista de l'articulació de les regles jurídiques. Permet establir unes pautes comunes, aplicables, en principi, a tot contracte, amb independència del seu caràcter típic o atípic.

I permet configurar el règim supletori (art. 4.3 CC) d'altres regulacions dels contractes, mercantils (art. 2 i 50 CCom) o del sector públic (art. 25.2 i 26 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic).

No cal oblidar, però, tres consideracions addicionals: a) bona part de les regles generals sobre obligacions no són sinó l'extrapolació de regles típiques de les obligacions d'origen contractual; b) qüestions bàsiques del dret contractual, com l'incompliment o els remeis en contra, s'aborden en un àmbit inadequat, i c) no sempre el Codi civil mostra la coordinació adequada entre les regles generals contractuales i les previstes en cada contracte en concret.

2) Funció de l'art. 1261 CC

Quina és la funció de l'art. 1261 CC? En l'art. 1261 CC hi ha enumerats els «requisits essencials per a la validesa dels contractes» (com diu la rúbrica del capítol II del títol II del Codi civil). Segons aquesta norma, «no hi ha contracte sinó quan hi concorren els requisits següents: 1r Consentiment dels contractants; 2n Objecte cert que sigui matèria del contracte, i 3r Causa de l'obligació que s'estableixi».

L'art. 1261 CC permet superar la visió del contracte com un mer acord de voluntats (ja que, si fos així, no serien necessaris ni l'objecte ni la causa). No obstant això, no és gens senzill precisar el sentit de l'exigència d'un objecte contractual i més difícil encara concretar la causa del contracte: comprovarem més endavant la dificultat de delimitar adequadament la qualificació de determinats supòsits. L'aparent senzillesa de l'art. 1261 CC es difumina quan ha de qualificar-se una determinada patologia de l'estructura del contracte.

Exemple

Per exemple, el contracte de compravenda del pis situat a l'avinguda Jacinto Benavente, núm. 15, porta 8, de València, que efectuen l'Andreu i la Blanca per 250.000 euros, si concorren els requisits legals, pot ser rescindit (art. 1290 i ss. CC) o anul·lat (art. 1300 i ss. CC), sense necessitat de previsions específiques.

Exemple

Per exemple, els contractes celebrats en frau de creditors han estat caracteritzats com a patològics, entre altres, des del punt de vista del consentiment, l'objecte o de la causa. Els criteris jurisprudencials són confusos perquè en bona mesura els plantejaments dels interessats no ofereixen la claredat suficient.

L'enumeració que efectua l'art. 1261 CC té caràcter general: no s'esmenta com a essencial la verificació d'una determinada forma, perquè, com a regla, la forma no afecta la validesa del contracte. L'exigència d'una forma determinada com a requisit per a la validesa del contracte té caràcter excepcional, com veurem.

Cal ressaltar, finalment, que la matèria relativa al consentiment se sol desdoblir, per a una exposició més clara, en dues qüestions diverses: d'una banda, la capacitat per a prestar consentiment (equivalent a la capacitat per a contractar, malgrat alguna discrepància doctrinal) i, de l'altra, la seva prestació efectiva. Aquest és el plantejament que seguirem aquí.

2.2. La capacitat per a contractar

1) Els criteris normatius

En la mesura que el contracte constitueix una manifestació de l'autonomia privada, la capacitat per a contractar es presenta com un pressupost de validesa i d'eficàcia del contracte. No obstant això, malgrat la seva importància, no té una regulació adequada en el Codi civil.

D'acord amb l'art. 1263 CC, «no poden prestar consentiment: 1r Els menors no emancipats, llevat dels contractes que les lleis els permetin realitzar per si mateixos o amb assistència dels seus representants, i els relatius a béns i serveis de la vida corrent propis de la seva edat de conformitat amb els usos socials; 2n Els que tenen la seva capacitat modificada judicialment, en els termes establerts per la resolució judicial».

En establir en sentit negatiu que no poden contractar, es pot deduir implícitament qui sí que pot contractar amb caràcter general: els majors d'edat (o menors emancipats) que no tinguin modificada judicialment la seva capacitat. Així formulada, la capacitat per a contractar coincideix amb la capacitat general d'obrar.

És important ressaltar que els qui tenen la capacitat modificada judicialment no són només els incapacitats, sinó també els pròdigs (i els concursats).

2) La capacitat contractual del menor

Pel que fa a la capacitat contractual del menor, és convenient comprendre els problemes subjacents a aquesta matèria. Les qüestions tradicionals han estat dos: a) què passa quan un menor que no té la capacitat legalment exigida celebra un contracte? Aquest contracte és vàlid o invàlid? I, si és invàlid, quin és el tipus d'invalidesa?; b) fins on arriba la representació legal dels pares (per

prendre en consideració el cas més freqüent) pel que fa als contractes dels fills? Poden els pares celebrar qualssevol contractes en nom dels seus fills? La jurisprudència havia ofert diversos criteris per a abordar aquestes qüestions.

D'acord amb el règim legal, cal distingir en funció de si està emancipat o no.

Si el menor està emancipat, l'art. 1263.1r CC el considera apte per a prestar el consentiment contractual, però no poden oblidar-se les limitacions que estableix l'art. 323 CC, de manera que per a «prendre diners a préstec, gravar o alienar béns immobles i establiments mercantils o industrials o objectes d'un valor extraordinari» es requereix el consentiment dels pares, i a falta d'ambdós, del seu curador. La manca d'aquests consentiments complementaris determina l'anul·labilitat del contracte. En la resta de supòsits, el contracte del menor emancipat és plenament vàlid i eficaç.

Si el menor no està emancipat, en principi, l'art. 1263.1r CC li nega la capacitat per a prestar consentiment contractual, però, en la mesura que el menor no emancipat no és una persona totalment i absolutament incapaç, sinó amb capacitat d'obrar limitada, aquesta conclusió resultava excessiva i ha donat lloc a la modificació introduïda per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència.

La regla general continua essent l'exclusió de la possibilitat que el menor no emancipat presti consentiment contractual. Tot i que el menor no emancipat està sotmès a representació legal i això en minva les possibilitats reals d'actuació en el tràfic, cal recordar que l'art. 2.II de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix que «les limitacions a la capacitat d'obrar dels menors s'han d'interpretar de manera restrictiva i, en tot cas, sempre en l'interès superior del menor».

L'actual redacció permet que el menor presti consentiment contractual en els contractes que les lleis els permetin realitzar per si mateixos o amb assistència dels seus representants, i els relatius a béns i serveis de la vida corrent propis de la seva edat de conformitat amb els usos socials. Es consagra, per tant, la interpretació jurisprudencial i doctrinal que suggeria una lectura actualitzada de la capacitat contractual del menor.

L'art. 1263.1r CC estableix dos àmbits en els quals el menor no emancipat pot prestar consentiment contractual:

a) Contractes que les lleis els permetin realitzar per si mateixos o amb assistència dels seus representants. Aquesta previsió entronca amb l'actual redacció de l'art. 162.II.1r CC que exclou de la representació legal dels pares «els actes relatius als drets de la personalitat que el fill, d'acord amb la seva maduresa, pugui exercir per si mateix. No obstant això, els responsables parentals han d'intervenir en aquests casos en virtut dels seus deures de cura i assistència».

Cal tenir en compte que l'art. 1263.1r CC es refereix (igual que l'art. 162.II.1r CC) a una intervenció dels pares no representativa: si representen el fill, no es pot parlar d'actuació del menor per si mateix.

b) Contractes relatius a béns i serveis de la vida corrent propis de la seva edat de conformitat amb els usos socials. La solució consagrada per l'art. 1263.1r CC no exclou, però, els problemes interpretatius. Cal observar la concurrència d'un bon nombre de clàusules generals o indeterminades a l'hora de precisar si el contracte realitzat pel menor no emancipat és vàlid o no: «béns i serveis de la vida corrent», «propis de la seva edat» o «usos socials».

El contracte del menor, però, és nul no per un problema de capacitat per a contractar, sinó de falta de consentiment, si el menor, per la seva falta d'edat, no va poder prestar efectivament el seu consentiment (per exemple, donació d'un bé per un menor de tres anys).

3) La capacitat contractual dels que tenen modificada judicialment la seva capacitat

Cal distingir en aquest punt tres situacions diferents: els incapacitats, els pròdigs i els concursats, ja que de tots ells es pot predicar l'existència d'una resolució judicial que n'afecta la capacitat d'obrar.

Quant a la capacitat contractual de l'incapacitat, s'ha d'atendre el contingut de la sentència d'incapacitació (com ja es deduïa de l'art. 760.1 LEC) per a veure quins actes pot fer l'incapacitat i el règim de guarda i protecció a què es veu sotmès. Els contractes inclosos en l'àmbit de la incapacitació s'han de considerar anul·lables, per aplicació dels criteris dels art. 1300 i ss. CC. Només se'n pot sostenir la nul·litat no per un defecte en la capacitat de contractar, sinó per falta absoluta de consentiment quan l'incapacitat no tingui en absolut discerniment (per exemple, venda a preu irrisori efectuada per una persona amb les facultats cognitives i intel·lectuals absolutament afectades).

El Codi civil no soluciona el règim dels contractes celebrats per incapaços que no hagin estat incapacitats. D'acord amb l'esquema del Codi civil, en aquestes persones concorre la capacitat per a contractar, però la doctrina admet la impugnació d'aquests contractes: es discuteix, però, si aquests contractes són nuls per manca absoluta de consentiment, o simplement anul·lables, com succeeix amb els contractes dels incapacitats afectats per la incapacitació.

Quant a la capacitat contractual dels pròdigs, hem de destacar que en la seva actual redacció sí que s'aplica als pròdigs l'art. 1263.2n CC, atès que la seva capacitat ha estat modificada judicialment. El pròdig està sotmès a curatela (art. 286.3r CC). La sentència que declari la prodigalitat ha de determinar els actes que el pròdig no pot fer sense el consentiment de la persona que l'ha

d'assistir (art. 760.3 LEC) i aquest és també el criteri que consagra ara l'art. 1263.2n CC. La manca de consentiment del curador determina l'anul·labilitat de l'acte (art. 293 CC).

Quant a la capacitat contractual del concursat, la interlocutòria de declaració del concurs ha de contenir, entre altres pronunciaments, els efectes sobre les facultats d'administració i disposició del deutor respecte del seu patrimoni, i també el nomenament i les facultats dels administradors concursals (art. 21.1.2n LC). Tot i que la modificació de les facultats del concursat no es produeix mitjançant sentència, com indica l'actual art. 1263.2n CC, no hi ha un especial inconvenient a aplicar el mateix criteri: la capacitat contractual del concursat depèn del contingut de la decisió judicial.

4) Prohibicions legals i requisits especials de capacitat

Pel que fa a les prohibicions legals i els requisits especials de capacitat, l'art. 1264 CC estableix que «allò que preveu l'article anterior s'entén sense perjudici de les prohibicions legals o dels requisits especials de capacitat que les lleis puguin establir». D'aquesta manera, matisa l'abast de la capacitat general contractual en dos casos: les prohibicions legals de contractar i els requisits especials de capacitat contractual.

Les prohibicions legals de contractar identifiquen els supòsits en què una norma impedeix a determinades persones celebrar certs contractes, per la qual cosa són doblement relatives. Es formulen per a la protecció d'interessos que es consideren dignes d'una tutela especial, i per això s'articulen per mitjà de normes imperatives. En configurar-se com a limitacions de la llibertat de contractar, les prohibicions legals són d'aplicació restrictiva, sense que sigui possible la seva aplicació analògica.

Els requisits especials de capacitat contractual identifiquen els supòsits en determinats contractes que exigeixen la concurrència de criteris especials de capacitat. Cal tenir en compte que aquestes regles especials poden ser més exigents o més flexibles.

Exemples

Exemples d'aquestes prohibicions es poden veure en els art. 1459 i 1677 CC.

Exemple

Per exemple, per a ser donatori n'hi ha prou de no estar-ne especialment incapacitat per la llei (art. 625 CC).

2.3. El consentiment contractual

1) Significats del consentiment contractual

Hem d'analitzar en primer lloc els significats del consentiment contractual. Sota la denominació del consentiment contractual, hi ha fenòmens diferents que mereixen ser tractats de manera separada:

a) La voluntat interna individual de cadascun dels contractants.

b) La declaració emesa per cadascun dels contractants, i que permet conèixer-ne la voluntat.

c) La voluntat o intenció comuna dels dos contractants. Si no hi ha aquesta zona de coincidència, hi ha dissens i no contracte.

Sense aquest consentiment comú (que l'art. 1254 CC identifica amb un consentiment en obligar-se), no hi ha contracte.

2) Les formes de declaració de la voluntat

Evidentment, no n'hi ha prou amb la pura voluntat interna dels contractants, cal que aquesta voluntat transcendeixi a l'exterior. La voluntat contractual pot manifestar-se per mitjà de diverses formes de declaració.

La voluntat es manifesta de forma expressa quan es declara amb els mitjans idonis, segons l'experiència comuna, per a fer-la arribar: signes orals, escrits, o fins i tot gestos que tenen atribuït convencionalment aquest significat (per exemple, aixecar la mà en una subhasta o retirar objectes en un autoservei).

Una declaració de voluntat és tàcita quan es dedueix d'un comportament que sense estar dirigit necessàriament a expressar aquella voluntat, la pressuposa mitjançant fets concloents (*facta concludentia*): per exemple, l'art. 18.3 del Conveni de Viena.

La rellevància del silenci com a declaració de voluntat es mou entre dues tesis extremes, la que considera que el silenci comporta sempre acceptació i la que considera que el silenci mai no significa manifestació de voluntat. Òbviament, la doctrina i la jurisprudència s'inclinen per una solució intermèdia segons la qual el silenci significa manifestació de voluntat, quan, atesa una determinada relació entre dues persones, la manera corrent i usual de procedir i la bona fe impliquen el deure de parlar. Això genera la necessitat de ponderar diversos factors, com l'existència, o no, de relacions entre les parts, els usos generals del tràfic i els usos particulars entre les parts.

En els casos en què l'oferent manifesta que, si no rep contestació, s'ha d'entendre acceptada l'oferta, la regla és que el destinatari no té el deure de declarar: la manca de resposta no vol dir acceptació. Aquest criteri apareix recollit en diversos textos (art. 18.1 CV, art. 41.2 LOCM i art. 101.1 TRLGDCU).

3) La problemàtica de l'autocontractació

Sabem ja que en tot contracte han de concórrer almenys dues parts (enteses com una o diverses persones o un conjunt de persones que polaritzen o agrupen diferents interessos jurídics). Com és evident, cada part expressa el seu propi consentiment contractual. El problema que es planteja amb l'anomenada

autocontractació és determinar si és admissible que aquests consentiments contractuals (tants com parts) siguin emesos per una mateixa persona, que actua en el seu cas com a representant d'una altra part o d'altres parts.

És possible que una persona actuï en nom seu i com a representant d'una altra; o que actuï com a representant d'una i com a representant d'una altra.

No hi ha en el Codi civil una regulació general de l'autocontracte, sinó tan sols al·lusions esporàdiques a aquesta figura (art. 163.II.2n, 221.2n, i 1459.1r, 2n i 3r CC, i 257 CCom; l'art. 622-25 CCCat en conté un plantejament més general). Un cop superada una etapa en què, per raons fonamentalment dogmàtiques, es negava la validesa de l'autocontracte (perquè no concorria la duplicitat de consentiments pròpia del contracte), el criteri actual no consisteix en un rebuig absolut, ni en una admissió general de la figura: la validesa o la invalidesa de l'autocontracte es fa dependre de l'existència d'un conflicte d'interessos entre el representant i els qui són representats pel representant.

Això exigeix diferenciar diverses situacions:

a) Si no hi ha conflicte d'interessos (per exemple, l'operació es fa a preu de mercat o per un preu superior al de mercat favorable al representat), l'autocontracte és vàlid.

L'autocontracte també és vàlid si el representat (com passa sovint en els poders notariais) ha admès expressament la possibilitat que el representant, en la seva actuació, incorri en autocontractació.

b) Per contra, si hi ha conflicte d'interessos, l'autocontracte ha de ser considerat invàlid. Es discuteix, però, quin és el tipus d'invalidesa que incideix en l'autocontracte, i sembla raonable distingir en funció del tipus de representació amb la qual actua el representant: si és un representant legal (per exemple, el pare respecte del fill), concorre nul·litat; en canvi, si és un representant voluntari (per exemple, l'agent immobiliari al qual s'autoritza a vendre un pis, i el compra per a si mateix, a un preu inferior al de mercat), concorre anul·labilitat, perquè el representat sempre pot ratificar l'actuació del representant (art. 1259.II CC).

2.4. La desconexió entre la voluntat i la declaració

1) La relació entre la voluntat i la declaració

En la majoria de supòsits, la voluntat interna és exterioritzada per mitjà de la declaració, i hi ha plena coincidència entre aquesta voluntat (el que es vol) i aquesta declaració (el que es declara, s'exterioritza o es manifesta).

Pot succeir, però, que, per diversos motius, no es doni aquesta coincidència entre la voluntat interna i la declaració. En aquesta hipòtesi es planteja un problema delicat: a què s'ha de donar preferència? Al que realment vol la persona (voluntat interna)? O al que s'exterioritza i pot ser percebut per altres persones (declaració)? Davant d'aquesta situació, pot optar-se per la preferència absoluta de la voluntat interna, o per la preferència absoluta de la declaració, però, com tantes altres vegades, la solució raonable és més matisada.

En la mesura que el contracte és una manifestació de l'autonomia privada, com a regla bàsica, ningú no ha de quedar vinculat si no és la seva voluntat. Això ens porta, en línia de principi, a la primacia de la voluntat interna. Ara bé, aquest criteri ha de modificar-se en consideració a dues dades addicionals: d'una banda, el comportament del declarant i la responsabilitat que li pertoca en la divergència entre la seva voluntat i la seva declaració, i, de l'altra, la bona fe i la confiança plantejada en els qui han estat destinataris d'aquesta declaració.

Encara que són diversos els supòsits que poden suscitar-se de desconexió entre la voluntat i la declaració, el Codi civil no ofereix una regulació general d'aquests supòsits, i és qüestionable que tots hagin de reconduir-se sense més ni més a la manca de consentiment de l'art. 1261.1r CC.

2) Declaració *iocandi causa* o *docendi causa*

En la declaració *iocandi causa* o *docendi causa*, el declarant emet voluntàriament la seva declaració, però ho fa sense una voluntat seriosa d'obligar-se i sobre la base que aquesta manca de serietat serà reconeguda pel destinatari de la declaració⁵.

⁽⁵⁾Es tracta dels supòsits dels casos plantejats a les aules universitàries com a exemples, o les situacions manifestament jocoses.

Com a criteri bàsic, la voluntat així declarada no té efectes, encara que es qüestiona aquesta solució si el destinatari no percep aquesta falta de serietat.

3) Reserva mental

En la reserva mental, el declarant emet una voluntat que internament no vol o bé vol amb uns efectes restringits: la seva voluntat real és restringir o anul·lar l'eficàcia de la declaració. Com a criteri bàsic s'entén que, per aplicació dels principis de bona fe i confiança, la voluntat declarada sí que té plens efectes. Només s'exceptua el cas en què l'altra part coneix la reserva.

4) Error obstatiu. En el denominat error obstatiu, el declarant emet una declaració diferent a la volguda com a conseqüència d'un error patit en el procés d'exteriorització de la voluntat. A diferència de la reserva mental, la desconexió entre voluntat i declaració no està causada conscientment.

Exemple

Per exemple, a la part final d'un formulari informatitzat, una part clica per error la casella «Accepto», quan en realitat volia clicar «No accepto».

Com a criteri fonamental, la voluntat així declarada no produeix efectes. Es discuteix, però, si aquesta ineficàcia respon als esquemes de la nul·litat (per manca de consentiment: art. 1261.1r CC) o de l'anul·labilitat (per analogia amb l'error com a vici del consentiment).

4) Simulació

Amb gran diferència, el supòsit més important de desconexió entre la voluntat i la declaració és el de la simulació. Es tracta d'una divergència entre la declaració externa de les parts i el que aquestes parts volen i es declaren internament. A diferència de la reserva mental, la divergència té caràcter bilateral⁶.

⁶La simulació també pot ser enfocada com un problema causal, per l'expressió d'una causa falsa, i, si escau, per l'ocultació d'una altra de veritable (art. 1275 CC).

La simulació es compon dels elements següents:

- a) Una intenció o voluntat real dissimulada (el contracte dissimulat).
- b) Una declaració o exteriorització aparent o simulada (el contracte simulat o aparent).
- c) Un acord simulatori entre les parts.

Davant d'un hipotètic contracte simulat, es poden plantejar dos tipus de qüestions: com propiciar la ineficàcia de la declaració aparent o simulada? Quin valor s'ha d'atribuir a la declaració dissimulada?

En funció de la intenció de les parts, es poden distingir dos tipus bàsics de simulació.

- a) La simulació absoluta significa la creació de l'aparença d'un contracte quan, en realitat, les parts no volien cap negoci. El contracte celebrat és una pura aparença, una simple ficció.
- b) La simulació relativa implica la realització aparent d'un contracte, tot i que les parts en vulguin i duguin a terme en realitat un altre de diferent. En aquesta hipòtesi, es planteja el problema de determinar si aquest altre contracte (el dissimulat) és vàlid o no.

Els efectes de l'acció de simulació difereixen en funció del tipus de simulació. En cas de simulació absoluta, el contracte simulat no té efectes. En cas de simulació relativa, el contracte simulat no té efectes i desplega els seus efectes el contracte dissimulat (si reuneix els requisits legalment necessaris).

Exemple

Per exemple, una persona vol donar un valuós quadre a una altra, però per motius fiscals, acorden fer veure que la transmissió s'efectua mitjançant compravenda.

En el supòsit més freqüent de simulació relativa (donació dissimulada d'immoble mitjançant compravenda simulada en escriptura pública), el Tribunal Suprem manté ara que la compravenda no té efectes per ser simulada, però que la donació és també nul·la perquè l'art. 633 CC exigeix per a la validesa de la donació d'immoble una escriptura pública de donació, i no és suficient a aquest efecte l'escriptura pública de compravenda.

L'acció de simulació no afecta tercers de bona fe, és a dir, els que, en desconèixer la simulació, adquireixen alguna posició jurídica confiats en l'aparença de l'acte simulat.

La sentència que declara la invalidesa té caràcter declaratiu, i no constitutiu. Els efectes de la invalidesa es remeten al moment de la celebració del contracte (ineficàcia *ex tunc*, o retroactiva).

2.5. Els vicis en la formació del consentiment

1) Plantejament general

La rellevància de la voluntat per a l'existència del contracte hauria de significar que qualsevol element que n'afectés la lliure i espontània formació comportés la impugnabilitat del contracte. Des d'aquesta perspectiva, qualsevol irregularitat en la formació de la voluntat dels contractants hauria de conduir a la seva invalidesa.

Ara bé, aquesta concepció resulta absolutament destructiva de la seguretat del tràfic: ningú no s'atreveria a celebrar contractes si sabés que la seva vinculació quedava en mans de qualsevol irregularitat, per lleu que fos, en la formació de la voluntat de l'altra part.

Per això, l'ordenament no propugna la salvaguarda a ultrança dels processos de formació de la voluntat, sinó que, per contra, selecciona i tipifica una sèrie de supòsits als quals conferir, sota certs requisits, eficàcia invalidatòria dels contractes. Convé ressaltar que entre aquests requisits no hi ha la causació d'un dany a qui pateix el vici: el dany no és un pressupòsit necessari per a la impugnació, encara que pot ser un indicatiu de la concurrència d'un vici de la voluntat i pot donar lloc a la seva indemnització. Ara bé, no cal penetrar en la idiosincràsia contractual per a comprendre que, si bé el dany o la lesió no és un requisit per a anul·lar un contracte, un contractant només ha d'impugnar a la pràctica els contractes que li siguin insatisfactoris econòmicament (en els quals hagi realitzat una mala operació, originàriament o sobrevingudament) o en què hi hagi un cert risc d'insolvència de la contrapart. L'anul·lació no constitueix un mecanisme d'expulsió automàtica del tràfic jurídic de certs contractes, sinó un instrument que es confereix a alguna de les parts del contracte i que només s'activa quan convingui als seus interessos.

La conclusió és, doncs, molt clara: no tot defecte en la formació de la voluntat determina la ineficàcia del contracte. D'una banda, el legislador selecciona una sèrie de supòsits (error, violència, intimidació i dol: art. 1265 CC); però, de l'altra, exigeix la concurrència de certs requisits perquè aquests supòsits siguin invalidatoris. En el fons, el plantejament legislatiu és absolutament asse-

nyat i demostra la conveniència de prendre en consideració diversos factors: la importància del defecte en la decisió de contractar, el comportament de qui pateix el vici, i el comportament de qui no pateix aquest vici.

La concurrència d'un vici del consentiment determina, com a regla general, la possibilitat d'impugnar el contracte d'acord amb els criteris previstos en els art. 1300 i ss. CC. A més, si la concurrència del vici ha ocasionat un dany (art. 1270.II CC), la víctima pot exigir una indemnització que no pot ser contractual (no hi ha un contracte vàlid) i que, per ocasionar-se en la fase de formació del contracte, es reconduïx a la responsabilitat precontractual o culpa *in contrahendo*. Per acabar, no és descartable que concorrin els elements propis de diversos tipus penals.

En els últims anys la doctrina dels vicis del consentiment ha experimentat una inusitada rellevància com a conseqüència de la massiva difusió per les entitats creditícies de diversos productes financers, de perfils complexos i de vegades obscurs a clients minoristes, com permutes financeres, bons estructurats, notes estructurades, valors convertibles en accions, participacions preferents, deute subordinat, cèdules hipotecàries, etc. Les característiques d'aquests contractes, tenint en compte l'interès dels clients de declarar-los ineficaços i recuperar els seus diners, han abocat al fet que la tendència majoritària dels tribunals hagi estat el recurs a l'error com a vici del consentiment.

2) L'error com a vici del consentiment

L'error com a vici de la voluntat consisteix en una falsa o inexacta representació mental de la realitat, fàctica o jurídica, que afecta el procés de formació de la voluntat interna i que opera com a pressupòsit per a la realització del contracte. Es tracta, doncs, d'un problema de manca d'informació o d'informació defectuosa i s'ha de delimitar quina de les parts del contracte ha d'assumir el risc derivat d'aquest error.

L'error pot ser de fet o de dret. És de fet quan recau sobre circumstàncies de fet del contracte (per exemple, sobre la superfície real d'una finca). És de dret quan constitueix ignorància o fals coneixement de la norma o regla jurídica pel que fa al seu contingut, existència, interpretació o aplicació al cas concret, sempre que el subjecte s'hagi decidit a contractar com a conseqüència d'aquella ignorància o fals coneixement (per exemple, es compra una parcel·la pensant que és edificable, quan resulta que està qualificada com a zona verda pel planejament urbanístic).

Perquè l'error pugui invalidar el contracte, es requereix que concorrin certs caràcters:

a) Essencialitat: l'error ha d'haver determinat la voluntat del contractant que el pateix (art. 1266 CC).

b) Excusabilitat: el contractant que pateix l'error ha actuat diligentment. Si el contractant incorre en error per la seva pròpia negligència, l'error és inexcusable.

c) Reconoscibilitat: l'error ha de poder ser reconegut per l'altra part contractant fent servir una diligència normal. S'exigeix en qui no pateix l'error una actuació digna de tutela en el desenvolupament del contracte.

L'exigència d'aquest requisit amb caràcter autònom és discutida per alguns autors, que neguen que hagi de concórrer, i és suficient, doncs, l'essencialitat i l'excusabilitat.

Per als supòsits especials, es preveuen requisits addicionals: per exemple, «una de les parts no pot oposar l'error de fet a l'altra sempre que aquesta s'hagi apartat per la transacció d'un plet començat» (art. 1817.II CC).

L'error pot projectar-se a diversos aspectes del contracte i el seu abast difereix en cada supòsit.

L'error sobre el negoci (per exemple, una part creu que ven un ciclomotor, i l'altra creu que es tracta d'un regal) significa la inexistència del contracte, ja que no hi ha coincidència de voluntats, sinó dissens (art. 1262 CC).

L'error sobre els motius (per exemple, es compra un determinat habitatge creient que és possible unir-lo a un altre, quan arquitectònicament és impossible) és irrellevant, llevat que sigui determinant del contracte i conegut per l'altra part.

L'error sobre l'objecte permet impugnar el contracte si recau «sobre la substància de la cosa que és objecte del contracte, o sobre les seves condicions que principalment haguessin donat motiu a celebrar-lo» (art. 1266.I CC). El Codi civil no diu res sobre l'error sobre el valor de mercat de la cosa, que ha de ser considerat irrellevant per inexcusable.

L'error sobre la persona és, en principi, irrellevant i «només invalida el contracte quan la consideració a la persona n'hagués estat la causa principal» (art. 1266.II CC). Evidentment, aquesta possibilitat es dona quan el contracte s'ha celebrat tenint en compte «la qualitat i circumstàncies de la persona del deutor» (art. 1161 CC) o «a causa de les seves qualitats personals» (art. 1595.I CC).

L'error de compte és irrellevant i només dona lloc a la seva correcció (art. 1266.III CC).

3) El dol com a vici del consentiment

El dol com a vici del consentiment s'identifica amb la conducta d'un contractant que, mitjançant engany, indueix l'altre a contractar. En conseqüència, l'actuació d'un contractant produeix un error en l'altre que el determina a contractar. Encara que això pot fer pensar que la figura del dol és innecessària

(perquè es connecta amb la causació d'un error), la possible impugnació del contracte per dol no exigeix que concorrin els requisits que jurisprudencialment es prediquen de l'error, sense oblidar que el dol posa l'accent en la conducta d'un dels contractants, i no només en el resultat d'aquesta conducta, amb la qual cosa té sentit la seva previsió com a vici diferent.

El dol consisteix, segons l'art. 1269 CC, en la utilització per un contractant de «paraules o maquinacions insidioses» que indueixen l'altre contractant a celebrar un contracte que, sense elles, no hagués fet. A més, l'art. 1270 CC exigeix que el dol sigui greu i no sigui recíproc, i indica que el dol incidental només obliga a indemnitzar els danys i perjudicis causats.

A partir d'aquests preceptes es poden perfilar les característiques del dol com a vici de la voluntat:

a) El dol pot consistir tant en una conducta activa com passiva (dol per omisió o reticència dolosa). Encara que l'art. 1269 CC parla de «paraules o maquinacions», la jurisprudència admet la rellevància de la reticència dolosa.

b) El dol ha de revestir un caràcter essencial: respon a aquesta idea la necessitat que el contractant sigui induït com a conseqüència del dol a celebrar el contracte (art. 1269 CC) i l'exigència de la gravetat del dol (art. 1270.I CC).

c) Es requereix ànim d'enganyar (caràcter insidiós de les paraules o maquinacions), però no cal que es doni també ànim de causar dany.

d) Aquest caràcter insidiós de les paraules o maquinacions comporta també que sigui irrellevant l'anomenat *dolus bonus*, és a dir, l'exagerada ponderació o la lloança de les qualitats d'una cosa o servei. Per tant, només l'anomenat *dolus malus* permet impugnar el contracte.

e) El dol ha d'haver estat emprat per un contractant. El dol del tercer és irrellevant, encara que no exclogui l'anul·lació per error i la responsabilitat del tercer.

f) El dol recíproc es compensa i no té rellevància (art. 1270.I CC): les dues parts han d'actuar amb bona fe.

g) El dol incidental (el qual recau sobre circumstàncies secundàries o elements no determinants del contracte) no permet anul·lar el contracte⁷ i només dona lloc a la indemnització de danys i perjudicis (art. 1270.II CC).

⁽⁷⁾El problema de delimitar quan el dol indueix a contractar i quan és incidental s'ha de resoldre mitjançant els criteris d'interpretació de la voluntat dels contractants.

Cal tenir present que la jurisprudència ha admès, en un cas de dol essencial, que el perjudicat pugui exercir una acció d'indemnització de danys i perjudicis, sense reclamar acumulativament l'anul·lació del contracte.

4) La intimidació com a vici del consentiment

La intimidació com a vici del consentiment apareix regulada, juntament amb la violència, en els art. 1267 i 1268 CC. La intimidació consisteix en inspirar «a un dels contractants el temor racional i fundat de patir un mal imminent i greu en la seva persona o béns, o en la persona o béns del seu cònjuge, descendents o ascendents».

D'acord amb el plantejament legal, perquè hi hagi intimidació, cal la concurrència de dos requisits:

a) Una amenaça rellevant, que deriva de la referència a l'anunci d'un «mal imminent i greu». La gravetat s'ha de mesurar en relació amb la idoneïtat del mal per a influir en l'ànim del subjecte. La imminència significa un judici sobre la proximitat major o menor del mal que s'espera i sobre la possibilitat major o menor d'evitar-ho. Les persones enumerades en l'art. 1267.II CC (cònjuge, descendents o ascendents) representen una enumeració massa estreta (parella de fet, amics íntims, etc.): s'hauria de tenir en compte la influència en la voluntat del contractant.

Ha de ser una amenaça de caràcter antijurídic? Què passa si s'amenaça amb l'exercici d'accions judicials i s'aconsegueix així la celebració d'un contracte? En principi, l'amenaça ha de ser feta en contra del Dret: no concorre en l'exercici, correcte i no abusi, d'un dret. Però, segons la jurisprudència, hi ha amenaça si es vol aconseguir més del que concedeix el mateix dret o s'aconsegueix un avantatge addicional.

L'amenaça pot no procedir de l'altre contractant, ja que, segons l'art. 1268 CC, pot procedir d'un tercer (i, si escau, es pot reclamar contra el tercer pels danys causats). La intimidació afecta el contracte amb independència de qui l'hagi causat.

Ara bé, el Codi civil no resol el supòsit de l'anomenat «por o terror ambiental» que si històricament es va plantejar en situacions bèl·liques o prebèl·liques, ara es pot donar en llocs controlats per màfies o grups terroristes.

b) Un temor racional i fundat, que sigui objectivament capaç d'afectar el subjecte i la formació de la seva voluntat. No totes les persones reaccionen igual davant idèntiques amenaces i, per això, l'art. 1267.III CC requereix que es ponderi en funció de l'edat i la condició de la persona.

És irrellevant a l'efecte d'impugnació la por reverencial, és a dir, el «temor de desagradar a les persones a qui es deu submissió i respecte» (art. 1267.IV CC).

5) La violència com a vici del consentiment

La violència com a vici del consentiment apareix, al costat de la intimidació, en els art. 1267 i 1268 CC. Atesos els termes que fa servir per a descriure la violència l'art. 1267 CC, i tenint en compte la previsió de la intimidació, sempre s'ha discutit quin era el veritable abast d'aquesta referència a la violència en el procés de formació del contracte.

Certament, la literalitat de l'art. 1267.I CC sembla pensar en un declarant que es comporta com una espècie d'autòmat, sense voluntat i sotmès absolutament a qui aplica sobre ell una força bruta i material, de caràcter irresistible. El caràcter irresistible de la força ha de ser valorat en funció de les circumstàncies del cas concret.

Però, en qualsevol cas, el règim que dissenya el Codi civil espanyol en els art. 1300 i ss., en què explícitament es refereix a la violència, apropa aquesta situació als vicis del consentiment.

Igual que succeeix amb la intimidació, la violència pot no procedir de l'altre contractant, ja que, segons l'art. 1268 CC, pot procedir d'un tercer.

Exemple

Per exemple, una persona agafa la mà d'una altra i li fa signar un document.

2.6. L'objecte del contracte

1) El plantejament del Codi civil sobre l'objecte del contracte

El Codi civil no proporciona gaire claredat per a delimitar adequadament què s'ha d'entendre per objecte del contracte.

Hem de tenir en compte que els art. 1271-1273 CC no defineixen l'objecte del contracte, sinó que simplement n'estableixen els requisits: hi ha, doncs, un criteri de llibertat sempre que es compleixin aquests requisits. Per això, pot ser objecte del contracte qualsevol bé susceptible de valoració econòmica que correspongui a l'intent dels contractants: les coses o objectes corporals, les energies naturals, les creacions de l'enginy, les situacions de poder o de deure de les persones, el comportament de les persones, els diners, les *universitates rerum*, els títols valors, etc.

2) Els requisits de l'objecte del contracte

Els requisits que han de concórrer en l'objecte del contracte, d'acord amb els art. 1271-1273 CC, són els següents: possibilitat, licitud i determinació.

En aquests preceptes, els requisits apareixen configurats més aviat en sentit negatiu (quins casos no poden ser objecte del contracte), que no pas precisant els caràcters que sí que han de reunir.

3) La possibilitat com a requisit de l'objecte del contracte

La possibilitat o existència sol exposar-se en un sentit negatiu: no poden ser objecte del contracte les coses o serveis impossibles (art. 1272 CC). La doctrina distingeix diferents classes d'impossibilitat, ja que no totes tenen la mateixa incidència: segons existeixi, o no, en el moment de celebració del contracte (originària o sobrevinguda); segons afecti, o no, la totalitat de l'objecte (total o parcial); segons afecti, o no, totes les persones (absoluta o relativa); segons afecti els aspectes materials o jurídics de l'objecte (material o jurídica –i no és fàcil distingir aquesta última de la il·licitud de l'objecte–), i segons la seva durada (duradora o transitòria).

L'art. 1272 CC, en establir que «no poden ser objecte de contracte les coses o serveis impossibles», es refereix a una impossibilitat originària, total i duradora. En aquest cas, el contracte és nul de ple dret.

L'art. 1271.I CC admet rotundament que puguin ser objecte del contracte les coses futures. Només l'art. 1271.II CC recull una regla restrictiva en relació amb l'herència futura (criteri restrictiu que no comparteixen els drets civils autonòmics). També limita l'abast de la donació respecte de béns futurs (entenen per tals els que el donant no pot disposar en el moment de la donació) l'art. 635 CC.

La possibilitat no exclou l'existència futura de l'objecte contractual. En relació amb la cosa, el caràcter futur es refereix a tota cosa inexistente en el moment de la celebració del contracte, però que pot existir segons el curs normal dels esdeveniments. En relació amb els serveis, cal adonar-se que tots els serveis són, per les seves pròpies característiques, futurs (el Codi civil ni tan sols es preocupa d'explicitar que s'admeten com a objecte del contracte els serveis futurs).

4) La licitud com a requisit de l'objecte del contracte

La licitud presenta perfils diferents segons es prediqui de les coses o dels serveis.

Quant als serveis, l'art. 1271.III CC requereix que «no siguin contraris a les lleis o als bons costums» (la qual cosa s'aproxima en bona mesura al que preveu amb caràcter general l'art. 1255 CC com a límit de l'autonomia privada).

Pel que fa a les coses, la licitud es concreta en el fet que no siguin *extra commercium*. Quins béns estan fora del comerç dels homes, com subratlla l'art. 1271.I CC? Poden esmentar-se els següents: els béns de domini públic (art. 334 CC); les coses no susceptibles d'apropiació per considerar-se coses comunes a tots o per quedar fora de l'àmbit d'apropiació de l'individu (art. 333 CC, «a contrari»), i els béns sostrets a la lliure disponibilitat dels particulars (per exemple, per implicar renúncies a drets fonamentals).

5) La determinació com a requisit de l'objecte del contracte

Per acabar, el Codi civil exigeix que l'objecte del contracte compleixi el requisit de la determinació. L'exigència de certesa en l'objecte també es troba en l'art. 1261 CC. La manca de certesa sobre l'objecte impedeix que pugui saber-se sobre què versa l'acord entre les parts (art. 1262.I CC).

Per exemple, l'Alfredo cedeix al Baltasar un solar a canvi de tres pisos a l'edifici de deu plantes que es construirà en aquest solar. El Baltasar vol lliurar a l'Alfredo els tres pisos més petits de tot l'edifici (inferiors en més d'un 50% al següent pis en grandària). Estava adequadament determinada l'obligació del Baltasar?

La regla bàsica és l'art. 1273 CC, segons el qual «l'objecte de tot contracte ha de ser una cosa determinada quant a la seva espècie. La indeterminació en la quantitat no ha de ser obstacle per a l'existència del contracte, sempre que sigui possible determinar-la sense necessitat d'un nou conveni entre els contractants».

La finalitat bàsica de la norma no és exigir la determinació total de l'objecte, sinó establir el grau de determinabilitat admissible. I el límit bàsic que s'estableix és la no necessitat de nou acord entre les parts.

Per aplicació de l'art. 1256 CC (i dels art. 1449 i 1690.IICC) no pot quedar en mans d'un dels contractants la fixació de l'objecte, de la seva qualitat o quantitat. Però, res no impedeix que es deixi al criteri d'un tercer (art. 1447 i 1690.I CC).

2.7. La causa del contracte

1) El plantejament del Codi civil sobre la causa del contracte

Probablement, la causa és una de les qüestions més obscures de tot el Dret de la contractació. El Codi civil utilitza la causa en tants àmbits i tan diferents que es fa extraordinàriament difícil precisar-ne el sentit.

En l'art. 1261.3r CC es parla, en enumerar els requisits del contracte, de «causa de l'obligació que s'estableixi», però, després, els art. 1274-1277 CC es refereixen a la «causa dels contractes». En un altre pla, l'art. 1901 CC esmenta una «causa justa» que permet no restituir una prestació, i l'art. 10.9.III CC es refereix a un enriquiment produït «sense causa».

Aquesta pluralitat d'enfocaments ha portat la doctrina a intentar distingir cadascun d'ells i es parla d'una causa de l'obligació, una causa del contracte i una causa de l'atribució patrimonial.

2) Funcions de la causa del contracte

La jurisprudència identifica la causa amb la funció economico-social del contracte quant coincideix amb la voluntat concreta de les parts i amb els fins que persegueixen.

Però allò que importa és conèixer quines funcions s'atribueixen al concepte de causa en el nostre ordenament, és a dir, per a resoldre quin tipus de problemes es pot recórrer a aquest element. Des d'aquesta perspectiva, el requisit de la causa esdevé rellevant en els àmbits següents:

- a) Per a facilitar la identificació dels tipus contractuals i, en particular, valorar l'admissió de contractes atípics. D'aquesta manera, permet la qualificació del contracte i la determinació del seu règim jurídic.
- b) Per a permetre un control judicial dels contractes, que posi en relleu la transcendència com a supòsit d'ineficàcia de la frustració dels motius individuals i la rellevància d'aquests motius il·lícits o immorals en la validesa del contracte.

3) Règim normatiu de la causa del contracte

El règim normatiu de la causa en el Codi civil és afectat per la dissortada redacció de l'art. 1274 CC. Segons aquest precepte, «en els contractes onerosos s'entén per causa, per a cada part contractant, la prestació o promesa d'una cosa o servei per l'altra part; en els remuneratoris, el servei o benefici que es remunera, i en els de pura beneficència, la mera liberalitat del benefactor».

Però, aquesta norma utilitza criteris que són incongruents: mentre en els contractes onerosos es busca un element objectiu, en els gratuïts es va a un element purament subjectiu i psicològic com és la mera liberalitat. A més, aquesta distinció entre «contractes remuneratoris» i «contractes de pura beneficència» és falsa i arbitrària, ja que tots dos són només subtipus del gènere donació (art. 622 CC). El criteri de l'art. 1274 CC per als contractes onerosos només serveix per als que siguin sinal·lagmàtics i commutatius. Per acabar, hi ha nombrosos supòsits la causa dels quals no encaixa en l'àmbit de l'art. 1274 CC: els contractes de cooperació o divisió, el conveni arbitral, etc.

Dels art. 1275 i 1276 CC es pot deduir que els requisits de la causa són l'existència, la veracitat i la licitud.

4) L'existència com a requisit de la causa del contracte

Més que un requisit, l'existència és un pressupòsit previ i necessari. Quant a l'existència de la causa, pot afirmar-se que no tenen causa els contractes el propòsit dels quals no justifica la protecció que es vol de l'ordenament, o aquesta no respon al tipus contractual proposat. En els contractes típics, això succeeix quan falta un dels seus elements estructurals essencials. En els contractes atípics depèn del tipus de contracte: quan no hi hagi una veritable reciprocitat de prestacions (contractes onerosos), quan no hi hagi ànim de liberalitat (contractes gratuïts) o quan no hi hagi servei que s'hagi de remunerar (contractes remuneratoris).

La manca de causa determina la nul·litat radical del contracte: «els contractes sense causa [...] no produeixen cap efecte» (art. 1275 CC). Ara bé, s'ha de tenir en compte que, d'acord amb l'art. 1277 CC, «tot i que la causa no s'expressi en el contracte, es presumeix que existeix i que és lícita mentre el deutor no provi el contrari».

5) La veracitat com a requisit de la causa del contracte

La veracitat de la causa és un requisit més difícil de concretar. La veracitat vol dir que la causa expressada correspongui a la realitat, que no sigui falsa.

De falsedat en la causa es parla en l'art. 1276 CC, però també en l'art. 1301 CC. Això suscita el problema de si el Codi civil fa servir el mateix concepte de falsedat de la causa en ambdós preceptes.

6) La licitud com a requisit de la causa del contracte

La licitud de la causa apareix perfilada en l'art. 1275 CC: «és il·lícita la causa quan s'oposa a les lleis o la moral». I aquest mateix precepte estableix que els contractes amb causa il·lícita no produeixen cap efecte, és a dir, són nuls de ple dret.

Quan pot dir-se que una causa és il·lícita? Una causa ha de ser considerada il·lícita quan la finalitat perseguida per les parts és contrària a les concepcions morals imperants, quan resulta contrària a l'ordre públic econòmic o quan té com a objectiu un frau de llei o de creditors.

Probablement, la il·licitud de la causa és l'aspecte que més sovint es planteja davant els tribunals. La jurisprudència acostuma a considerar que concorre causa il·lícita en el contracte en dany de tercers i fins i tot en el contracte en frau de creditors (cosa que ocasiona problemes de concurrència amb l'acció pauliana).

La transcendència de la causa en la validesa dels contractes exigeix analitzar tres supòsits diferents: els negocis abstractes, els negocis fiduciaris i els negocis indirectes.

7) Els negocis abstractes

Els negocis abstractes són aquells la causa dels quals fretura de rellevància i que produeixen els seus efectes desvinculats de la causa. Per contra, els negocis causals són aquells en els quals l'existència i la licitud de la causa operen com un pressupòsit de la seva validesa i eficàcia.

Exemple

Per exemple, donació efectuada al jutge perquè sentenciï a favor del donant.

No és fàcil diferenciar la il·licitud de la causa de la il·licitud de l'objecte, encara que a la pràctica la qüestió és intranscendent ja que el seu règim jurídic és el mateix: art. 1305 CC.

En Dret espanyol, regeix un principi causalista (art. 1261.1r, 1262.I i 1275 CC), amb caràcter imperatiu. L'art. 1277 CC no justifica l'admissió dels contractes abstractes, ja que constitueix una abstracció merament processal (que distribueix la càrrega de la prova).

L'exigència de causa (i el rebuig del negoci abstracte) té una especial rellevància pel que fa al reconeixement de deute, és a dir, la declaració en la qual es reconeix l'existència d'una obligació prèvia a càrrec de l'emissor i en què se solen indicar les condicions per al seu compliment.

8) Els negocis fiduciaris

Els negocis fiduciaris consisteixen, segons indica la jurisprudència, en l'atribució patrimonial que un dels contractants, anomenat fiduciant, realitza a favor d'un altre, anomenat fiduciari, perquè aquest utilitzi la cosa o el dret adquirit, mitjançant l'assignació referida, per a la finalitat que tots dos van pactar, amb l'obligació de retransmetre'ls al fiduciant o a un tercer quan s'hagi complert la finalitat prevista. Com destaca la jurisprudència, quan no implica frau de llei, el negoci fiduciari és vàlid i eficaç.

Cal diferenciar dos tipus de negoci fiduciari.

a) La *fiducia cum amico* (modernament coneguda com a fidúcia-gestió) desenvolupa una finalitat de dipòsit, comodat o mandat, i dona lloc a una situació fiduciària en benefici del fiduciant.

b) En canvi, la *fiducia cum creditore* (modernament coneguda com a fidúcia-garantia) exerceix una finalitat de garantia, i dona lloc a una situació fiduciària en benefici del fiduciari.

La transmissió fiduciària genera una situació peculiar. El bé s'atribueix formalment al fiduciari, encara que sobre aquest bé tingui certs drets el fiduciant. El problema pràctic rau a determinar què succeeix si el fiduciant o el fiduciari transmet aquest bé a tercers; o quines possibilitats d'embargament d'aquest bé tenen els creditors del fiduciant o del fiduciari.

Els efectes de la transmissió fiduciària es poden esquematitzar de la manera següent:

- El fiduciari pot retenir la cosa fins que no s'aconsegueixi la finalitat pactada, però no pot usucapir-la.
- Només si el fiduciari transmet la cosa a títol oneros i s'adquireix de bona fe, els tercers seran protegits.

Exemple

Per exemple, l'Alejandro signa un document en el qual manifesta que, com a conseqüència d'uns préstecs no documentats, deu 10.000 euros a la Blanca i es compromet a abonar-los abans del dia 31 de desembre.

Exemple

Per exemple, l'Alfons, que viu en un petit poble, acaba d'obtenir un important premi de la loteria, amb el qual compra un gran mas. Per a evitar les xafarderies dels veïns, d'acord amb el seu company d'estudis Calixto, posa el mas a nom d'aquest, amb el pacte que el Calixto l'hi restituirà quan l'Alfons li ho sol·liciti.

Exemple

Per exemple, la Diana, que ha contret nombrosos deutes i té problemes de liquiditat, decideix demanar un crèdit a l'Elena. L'Elena es mostra disposada a concedir-l'hi, però exigeix a la Diana que li vengui una valuosa finca de tarongers, per un preu equivalent al crèdit. Acorden que quan la Diana li torni el crèdit (més els interessos), l'Elena li restituirà la propietat de la finca.

- Un cop complerta la finalitat pactada, el fiduciant té acció (real o personal, segons les diverses teories) davant el fiduciari per a obtenir la restitució.
- Enfront dels creditors del fiduciari, el fiduciant continua essent el propietari: pot aixecar l'embargament del bé mitjançant la tercera de domini.
- Enfront dels creditors del fiduciant, el fiduciari no pot fer valer, en cas d'embargament, ni la tercera de millor dret, ni la de domini.

9) Els negocis indirectes

Els negocis indirectes són aquells en què les parts intenten aconseguir un resultat característic d'un tipus contractual per un mitjà, vàlid i volgut per les parts, però diferent del que l'ordenament predisposa per a obtenir aquell resultat.

A més dels aspectes fiscals, el problema pràctic és bàsicament la qualificació del contracte, és a dir, identificar la normativa que s'ha d'aplicar al contracte indirecte: La del contracte utilitzat? O la del contracte que s'havia d'haver utilitzat? O una combinació d'ambdues? En qualsevol cas, la validesa del contracte indirecte depèn del fet que no es vulneri la prohibició del frau de llei (art. 6.4 CC).

Exemple

Per exemple, en lloc d'efectuar la donació d'una valuosa joia es ven pel preu d'un euro (venda per preu irrisori).

2.8. La forma del contracte

1) Significats de la forma

De la forma, en relació amb els contractes, es pot parlar en dos sentits diferents.

a) En un sentit ampli, forma equival a exteriorització de la voluntat, és a dir, el trànsit de la voluntat interna a la declaració. Des d'aquesta perspectiva, tot contracte té una forma, de manera que no permet establir diferències entre els diversos contractes.

b) En sentit estricte, en canvi, forma equival a medi concret i determinat que l'ordenament jurídic o la voluntat dels particulars exigeix per a l'exteriorització de la voluntat: es tracta, per tant, d'un plus afegit a l'exteriorització de la voluntat que només es predica de determinats contractes. Aquest serà el sentit al qual ens fixarem a partir d'ara.

La forma en sentit estricte pot consistir en una pluralitat de fórmules (per exemple, document públic, document privat, escriptura pública, lliurament de la cosa, pagament del preu, etc.) i pot desenvolupar una sèrie d'efectes (pot incidir, per exemple, en la validesa, en l'eficàcia, en l'oposabilitat o en la prova del contracte). Cal tenir en compte que no hi ha una correlació predeterminada necessàriament entre els diversos tipus de fórmula i els efectes que se li assignen.

Exemple

Per exemple, s'ha de rebutjar que només l'exigència d'escriptura pública afecti la validesa del contracte. L'escriptura pública pot desplegar altres efectes menors. I la validesa pot fer-se dependre de fórmules diferents de l'escriptura pública.

2) Funcions de la forma contractual

Quines són les raons per les quals l'ordenament exigeix una determinada forma en relació amb un contracte? La pregunta ens aproxima a les funcions de la forma contractual, que són les diverses justificacions que poden impulsar a preveure aquesta exigència i que donen lloc al fet que es pugui parlar, en general, d'una transcendència *ad utilitatem* de la forma contractual.

- a) Claredat en les circumstàncies o el contingut d'un contracte.
- b) Garantia de la prova de l'existència del contracte i de la superació de la fase de tractes preliminars.
- c) Tutela de les parts, protegint-les contra precipitacions i decisions poc meditades.
- d) Evitació de possibles nul·litats negocials per la intervenció de tècnics (per exemple, el notari en l'escriptura pública).
- e) Facilitació de la publicitat del contracte fent que sigui recognoscible pels tercers.

Com hem assenyalat, es poden vincular diversos efectes a la forma. No hi ha en la doctrina i en la jurisprudència unanimitat sobre quin és el ventall de possibles efectes. Tradicionalment es parlava només d'una forma *ad solemnitatem* i una forma *ad probationem*, però amb posterioritat s'han introduït categories intermèdies:

- a) La forma *ad solemnitatem* s'exigeix com a requisit essencial per a la validesa del contracte: sense aquesta forma *ad solemnitatem*, no hi ha contracte (per exemple, art. 633 CC).
- b) La forma com a requisit d'eficàcia significa que el contracte ja existeix vàlidament, encara que les parts només poden reclamar el compliment o l'execució del contracte quan ha estat formalitzat (aquest sembla ser el sentit originari de l'art. 1279 CC).

c) La forma com a requisit d'oposabilitat implica que perquè el contracte produeixi efectes davant de tercers (perquè els sigui oposable) ha de revestir certa forma (per exemple, art. 1865 CC).

d) La forma *ad probationem* es requereix com a mitjà de prova, sense que n'afecti la validesa o eficàcia. El contracte existeix i és vàlid sense aquesta forma, però només es pot demostrar amb la forma *ad probationem* (aquesta perspectiva probatòria es pot veure, per exemple, en l'art. 51.i CCom).

e) La forma amb funció informativa. En certs casos, s'exigeix que el contracte es documenti, típicament per escrit, perquè una de les parts conegui certs drets legals dels quals és titular, l'abast de les obligacions assumides o les característiques i utilitat de la prestació. Aquest aspecte és especialment visible en el Dret del consum.

3) Règim jurídic de la forma del contracte en el Codi civil

Aquest ventall de possibilitats obliga a analitzar quin és el plantejament normatiu del Codi civil sobre la forma. Cal observar que la regulació de la forma no es troba en el capítol que el Codi civil dedica als «requisits essencials per a la validesa dels contractes» (art. 1261a 1277 CC), sinó en un altre de diferent, que s'ocupa «de l'eficàcia dels contractes» (art. 1278 a 1280 CC).

El criteri general en el nostre sistema és el de llibertat de forma: el contracte és vàlid qualsevol que sigui la forma en què ha estat celebrat. Així ho estableixen els art. 1278 CC i 51.i CCom.

Ara bé, aquest criteri general contrasta amb el sentit de l'art. 1280 CC que exigeix per a una àmplia gamma d'actes, que constin en document públic, i per a tots els contractes amb prestacions superiors a nou euros, que constin en document privat. La redacció utilitzada en aquest precepte sembla imperativa («han de constar...», «també s'han de fer constar...»), però la seva aplicació literal condueix a un sistema desmesuradament formalista i obstaculitzador del tràfic jurídic. Per això, la jurisprudència n'ha flexibilitzat la transcendència (de fet, pràcticament l'ha derogat) per mitjà d'una interpretació combinada amb l'art. 1279 CC⁸.

⁽⁸⁾En realitat, l'art. 1280 CC només té sentit en un sistema en què la forma sigui requisit essencial del contracte, com succeïa en el Projecte de Codi civil de 1851, del qual prové.

En la interpretació jurisprudencial, l'art. 1279 CC concedeix a les parts una facultat addicional, a més de la d'exigir-se mútuament el compliment d'allò que s'ha convingut. No cal la verificació prèvia del requisit formal per a exigir el compliment del contracte. El contracte existeix i és vàlid abans de l'atorgament d'aquest requisit formal, però pot succeir que aquesta forma sigui rellevant perquè el contracte desplegui tots els seus efectes.

Aquesta interpretació buida de sentit la referència del Codi civil a la forma com a necessària «per a fer efectives les obligacions pròpies d'un contracte» i es fixa sobretot en la referència a una altra part del precepte («es poden compel·lir»). En conclusió, es redueix l'art. 1280 CC a una simple forma *ad probationem*.

4) Casos de forma *ad solemnitatem*

El criteri general de llibertat de forma no exclou que en determinats supòsits es prevegi una forma *ad solemnitatem*, és a dir, amb caràcter constitutiu, de tal manera que sense la forma exigida no hi ha contracte. Ara bé, només quan la llei prevegi aquest caràcter constitutiu, es pot admetre: atès el criteri general, en cas de dubte, la forma no ha de ser considerada constitutiva.

Alguns supòsits de forma constitutiva en el nostre ordenament són els següents: donació de béns immobles (art. 633 CC) i de béns mobles (art. 632 CC), capitulacions matrimonials (art. 1327 CC), emfiteusi (art. 1628 CC), la constitució de societat de capital (art. 20 TRLSC), o de societat professional (art. 7.1 de la Llei 2/2007, de 15 de març, de societats professionals).

A més, les parts poden acordar que la validesa o l'eficàcia del contracte se supediti a l'atorgament d'una determinada forma.

Un dels àmbits en què aconseguen més extensió les exigències formals és el relatiu a la legislació de consumidors o usuaris, per la qual cosa s'arriba a parlar d'un neoformalisme en el Dret del consum. En aquest cas, la forma vol augmentar la protecció dels consumidors, tot i que cal tenir en compte que aquestes exigències formals no poden acabar perjudicant els consumidors.

3. Formació del contracte

3.1. Preliminar

1) Les fases del contracte

Encara que en la realitat jurídica som davant d'una enorme varietat de formes de preparar, concloure i executar els contractes, en tot contracte se solen distingir diferents fases, d'importància desigual, tenint en compte les circumstàncies particulars que envolten cada contracte:

a) Fase de preparació. Es tracta del període en què les parts discuteixen, negocien i perfilen l'acord que convé als seus respectius interessos: s'intercanvien esborranys, afegixen o eliminen clàusules, ponderen els avantatges i els inconvenients de les diferents possibilitats.

b) Fase de perfecció. Té lloc quan les voluntats de les parts sobre el contracte resulten coincidents.

c) Fase de consumació. Comprèn el període de realització de les prestacions assumides contractualment.

Realment, no és adequat parlar de tres fases, sinó de dos períodes: el que es desenvolupa abans de la perfecció del contracte i el que es desenvolupa amb posterioritat a la seva perfecció. La perfecció no és en rigor una fase, sinó un moment que permet delimitar a partir de quin punt les parts ja estan vinculades contractualment. La perfecció del contracte exigeix la coincidència de l'oferta i l'acceptació (art. 1262.I CC). Per a determinar en quin moment es produeix aquesta coincidència, cal analitzar amb caràcter previ quins requisits han de concórrer en l'oferta i l'acceptació.

2) Contractes de formació instantània i de formació progressiva

Cal observar que la realitat ens ofereix contractes en què la fase de preparació o de formació del contracte és molt breu i de poca transcendència, normalment perquè aquests contractes responen a operacions econòmiques poc rellevants (per exemple, quan agafem un diari i n'abonem l'import). Parlem en aquests casos de supòsits de formació instantània. En canvi, al·ludim a formació progressiva per a referir-nos als supòsits en què la fase de preparació té una gran importància, ja que la decisió de les parts exigeix conèixer detalladament les característiques econòmiques i jurídiques de l'operació, per mitjà d'una informació obtinguda directament o per col·laboració de l'altra part.

3.2. La fase de preparació del contracte

1) Rellevància de la fase de preparació del contracte

La fase de preparació del contracte comença amb l'inici de les negociacions tendents a la conclusió del contracte i acaba amb la perfecció del contracte o amb l'abandonament de les negociacions per alguna de les parts. Com hem assenyalat, aquesta fase pot revestir una gran complexitat o transcendència, però pot arribar a ser pràcticament inexistent.

El contingut d'aquesta fase projecta la seva transcendència pel que fa a la formació de la voluntat contractual (per exemple, per a determinar si concorren vicis del consentiment en alguna de les parts) o quant a la interpretació del contracte (per exemple, acudint als esborranys previs per fixar l'abast d'una clàusula contractual).

2) Deures de les parts en la fase de preparació del contracte

Durant aquesta fase de preparació del contracte, no hi ha entre les parts una relació jurídica en sentit estricte, però es discuteix si pel fet d'iniciar aquestes negociacions les parts assumeixen certs deures.

No hi ha dubte que les parts han de negociar de bona fe i que, en certs casos, s'assumeix un deure de protecció de la integritat física dels negociadors o dels béns objecte de negociació (cal pensar, per exemple, en el venedor d'automòbils que permet al conductor inexpert provar un vehicle de gran potència). Més dubtós és que les parts assumeixin un deure de confidencialitat de l'existència de la negociació i de la informació obtinguda en el curs de la negociació. En cas que s'estableixi expressament o tàcitament, el caràcter confidencial d'aquesta negociació i de la informació obtinguda, no pot ser revelada a tercers. Finalment, tampoc no és fàcil precisar fins on arriba el deure d'informar l'altra part: com a regla general, cada part s'ha de procurar la seva pròpia informació (deure d'autoinformar-se); però, s'ha de donar resposta a les sol·licituds expressives i concretes d'informació efectuades per l'altra part (si a aquesta sol·licitud no es dona resposta o es dona una resposta incompleta o errònia, seríem davant la possible causació d'un vici del consentiment de l'altra part).

En determinats sectors sí que hi ha regles concretes relatives a la informació precontractual que s'ha de proporcionar a una determinada part. Es tracta de pautes imposades legalment que tenen l'objectiu d'intensificar la protecció d'una de les parts del contracte.

Per la seva amplitud i freqüència, mereix una atenció especial la informació prèvia al contracte que s'ha de proporcionar en cas de contractació amb consumidors i usuaris, *vid.* art. 60 TRLGDCU. Aquesta norma s'ha de completar amb l'art. 20 TRLGDCU, en relació amb la informació necessària en l'oferta comercial de béns i serveis.

3.3. La responsabilitat precontractual

1) La llibertat de no contractar com a regla general

Amb caràcter general, les parts són lliures d'iniciar i apartar-se, sense al·legar cap causa, de la fase de preparació del contracte. L'existència de tractes preliminars no obliga les parts a concloure el contracte. Aquest criteri és del tot raonable. Si cada vegada que hi hagués tractes preliminars, les parts haguessin de contractar, tothom s'ho pensaria molt abans d'iniciar aquests tractes, cosa que, en el fons, reduiria el nombre d'intercanvis.

2) La responsabilitat per ruptura de tractes preliminars

Atès que el criteri bàsic és la llibertat d'abandonar, sense necessitat de cap causa, aquests tractes preliminars, no sorgeix, amb caràcter general, l'obligació d'indemnitzar la part perjudicada per aquest abandonament.

Ara bé, un cop establerta aquesta regla general de no indemnitzabilitat, s'admet que, excepcionalment, sí que sorgeixi una obligació d'indemnitzar els danys produïts durant els tractes preliminars, quan s'ha produït una actuació contrària a la lleialtat i a la bona fe, i s'han trencat injustificadament aquestes negociacions.

S'havia discutit quin havia de ser el fonament d'aquesta responsabilitat precontractual, atès que s'oferien arguments tant per a defensar-ne el caràcter contractual com extracontractual. La jurisprudència, amb tota claredat, s'ha inclinat per la seva consideració com un supòsit de responsabilitat extracontractual, amb aplicació, doncs, del que preveu l'art. 1902 CC. Aquesta qualificació és important als efectes del termini de prescripció.

Els requisits perquè operi la responsabilitat precontractual també han estat establerts jurisprudencialment. Cal que concorrin els requisits següents:

- a) La suposició d'una raonable situació de confiança respecte a la plasmació del contracte.
- b) El caràcter injustificat de la ruptura dels tractes.
- c) L'efectivitat d'un resultat danyós per a una de les parts.
- d) La relació de causalitat entre aquest dany i la confiança suscitada.

Una qüestió també discutida és l'abast de la indemnització que es pot reclamar. Hi ha coincidència a considerar que no es pot exigir l'anomenat interès contractual positiu, és a dir, la diferència entre la situació actual del perjudicat i la que tindria si s'hagués celebrat el contracte la negociació del qual es va trencar injustificadament. Es pot exigir l'anomenat interès contractual nega-

tiu, consistent en la diferència entre la situació actual del perjudicat i la que tindria si no s'haguessin iniciat les converses que es van trencar injustificadament, excloent en qualsevol cas les anomenades pèrdues d'oportunitat.

A la pràctica, la qüestió essencial rau a determinar si les parts són encara en una fase de tractes preliminars o si, per contra, ja s'ha perfeccionat el contracte. Un cop esdevingut el posterior desacord entre les parts, en el primer cas (mers tractes preliminars), cal constatar la concurrència dels requisits establerts jurisprudencialment i tenir en compte les limitacions que pel que fa a l'abast dels danys determina aquesta mateixa jurisprudència. En el segon (contracte ja perfeccionat), som davant d'un incompliment contractual que obre la porta perquè el creditor opti pels remeis contractuals (indemnització de danys, compliment forçós o resolució del contracte, bàsicament).

3.4. L'oferta contractual

1) Delimitació de l'oferta contractual

L'oferta contractual no apareix definida en el Codi civil, però es pot considerar que hi ha oferta quan:

- una persona (l'oferent) emet una declaració de voluntat amb intenció d'obligar-se;
- aquesta declaració conté tots els elements del futur contracte i de la reglamentació que es vol instaurar, i
- aquesta declaració es destina a una altra persona o categoria de persones.

Un element determinant per a identificar quan som davant d'una veritable oferta rau en el fet que no requereixi una nova declaració de voluntat de l'oferent per a ser completada: l'oferta ha de ser suficient per si mateixa per a formar el contracte, i per a integrar el consentiment contractual. Si cal una nova declaració de voluntat de l'oferent, som davant d'uns simples tractes preliminars.

D'això es desprèn que no qualsevol manifestació de voluntat, remotament vinculada a la celebració d'un contracte, constitueix una oferta. Cal, per contra, que concorrin certs requisits perquè pugui parlar-se pròpiament d'oferta contractual.

2) Requisits de l'oferta contractual

L'oferta contractual ha de ser:

a) **Inequívoca i precisa.** Això vol dir que no ha de suscitar dubtes sobre la serietat del propòsit de contractar i tampoc no pot donar lloc, per ambigüitat o imprecisió, a diferents interpretacions.

b) **Completa.** L'oferta ha de contenir tots els elements necessaris perquè la perfecció del contracte es pugui produir pel sol fet de l'acceptació del destinatari de l'oferta, en funció del tipus contractual que es vulgui celebrar.

c) **Vigent.** Òbviament, l'oferta requereix un període de temps durant el qual es pugui manifestar l'acceptació. No tindria sentit que, com a regla, l'oferta pogués ser acceptada durant un període indefinit, o, al contrari, que hagués de ser acceptada de manera immediata.

L'oferta és una declaració de voluntat receptícia, ja que té eficàcia en ser rebuda pel destinatari, que pot ser una persona determinada o un grup de persones.

L'oferta pot perdre la seva eficàcia per les raons següents: per ser rebutjada o alterada pel destinatari; per haver-se esgotat el termini concedit per a la seva acceptació; per haver estat retirada o revocada abans de l'acceptació, i, d'acord amb la jurisprudència, per mort o incapacitat sobrevinguda de l'oferent, llevat que l'oferent sigui un empresari i l'oferta es correspongui amb el cercle d'operacions de l'empresa.

Com a regla general, l'oferta és lliurement revocable abans que l'oferent tingui coneixement de l'acceptació. Però, també hi ha la possibilitat que l'oferta contractual sigui configurada per l'oferent amb caràcter irrevocable. Amb això, per la seva pròpia decisió, l'oferent es priva de la possibilitat de deixar sense efecte l'oferta efectuada. Aquesta limitació o exclusió de la facultat de revocació de l'oferent està prevista en alguns textos legals, amb la finalitat de concedir al destinatari un període de reflexió sobre el contingut de l'oferta, amb la garantia que l'oferent no variarà *a posteriori* les seves condicions.

3) L'oferta al públic

Mereix una consideració especial l'anomenada oferta al públic, és a dir, l'adreçada a destinataris indeterminats. Més enllà de la dificultat d'establir quan una oferta es dirigeix o no a persones determinades, la qüestió que es planteja és si aquest tipus d'ofertes constitueixen en rigor una veritable oferta o, per contra, som davant d'una simple invitació *ad offerendum*.

La importància de la distinció és fàcil d'apreciar: si l'oferta al públic és una veritable oferta, qualsevol destinatari pot convertir-se en acceptant i perfeccionar el contracte, en manifestar-ne simplement la voluntat; per contra, si és una invitació *ad offerendum* no n'hi ha prou amb la manifestació de voluntat del destinatari, sinó que qui va formular aquesta invitació ha de manifestar la seva conformitat.

Encara que hi pot haver un criteri diferent a l'art. 14.2 CV, l'art. 9.1 de la Llei 7/1996, de 15 gener, d'ordenació del comerç minorista (LOCM), equipara l'oferta al públic amb una veritable oferta contractual.

4) La venda en subhasta pública

La venda en subhasta pública, regulada en els art. 56 i ss. LOCM, presenta uns perfils propis des de la perspectiva de l'oferta. Aquest tipus de venda es configura legalment com una oferta, pública i irrevocable, de venda d'un bé a favor de qui ofereixi, mitjançant el sistema de licitacions i dins del termini concedit a l'efecte, el preu més alt per sobre d'un mínim, tant si es fixa inicialment o mitjançant ofertes descendents fetes durant el mateix acte. Però, malgrat els termes legals, l'anunci de subhasta no és una oferta, sinó una invitació a fer ofertes: el contracte no es perfecciona en efectuar la millor postura, sinó quan aquesta postura és acceptada pel subhastador.

3.5. L'acceptació de l'oferta

1) Delimitació de l'acceptació de l'oferta contractual

La delimitació de què s'ha d'entendre per acceptació de l'oferta és aparentment més senzilla en la mesura que no es tracta d'una declaració emesa amb caràcter general, sinó que sempre s'ha de referir a una oferta concreta, formulada amb anterioritat.

L'acceptació de l'oferta consisteix, doncs, en una declaració de voluntat emesa per una persona (l'acceptant) a la qual s'ha adreçat una oferta contractual i per la qual manifesta la seva conformitat amb ella.

2) Requisits de l'acceptació de l'oferta contractual

Quins caràcters ha de reunir aquesta declaració per a ser considerada una acceptació de l'oferta? L'acceptació ha de ser completa i exacta, és a dir, ha de coincidir amb el contingut de l'oferta formulada precedentment.

Igualment, l'acceptació s'ha d'haver produït tempestivament, és a dir, mentre l'oferta formulada mantenia la seva vigència.

L'acceptació s'ha de basar en una intenció seriosa i inequívoca de quedar obligat en els termes assenyalats per l'oferent. Per tant, no poden considerar-se com a acceptació el simple justificant de recepció o la sol·licitud d'aclariments.

3) Formes d'expressió de l'acceptació

Amb caràcter general, l'acceptació pot manifestar-se de qualsevol manera, llevat que s'imposi legalment un altre criteri, o així ho hagi exigint l'oferta o ho hagin pactat prèviament les parts. L'acceptació pot manifestar-se de manera expressa o tàcita, fins i tot cal admetre la possibilitat que el silenci, en funció de les circumstàncies, sigui considerat com una acceptació. L'acceptació tàcita exigeix que els actes del destinatari de l'oferta puguin ser entesos com de conformitat amb l'oferta, la qual cosa ha de valorar-se casuísticament en funció de les circumstàncies concurrents.

4) Modificacions en l'oferta i acceptació

La determinació de si concorre o no acceptació del destinatari obliga a analitzar quina valoració mereixen els supòsits en què el destinatari introdueix modificacions sobre el contingut de l'oferta. En principi, es podria pensar que en la mesura que altera aquest contingut, i la seva declaració no coincideix exactament amb l'oferta, no som davant d'una acceptació, sinó davant d'un rebuig de l'oferta o, si escau, davant una contraoferta (que ha de ser, al seu torn, acceptada pel primer oferent).

No obstant això, aquest criteri peca de rigidesa i és més oportú ponderar l'abast de les modificacions introduïdes pel destinatari de l'oferta, tenint en compte la seva transcendència en l'economia del contracte. Cal precisar que la qualificació de les modificacions com a substancials o no és una qüestió que pot suscitar dubtes interpretatius.

Tenint en compte aquests extrems, procedeix distingir:

a) Si les modificacions introduïdes tenen caràcter substancial, es tracta d'un rebuig de l'oferta i una contraoferta, sotmesa per tant a la acceptació necessària del primer oferent (per exemple, si el destinatari modifica el preu o la forma de pagament dels productes). Aquest és el criteri previst a l'art. 19.1 CV.

b) Si les modificacions, per contra, no tenen caràcter substancial, en funció del criteri de bona fe i d'autoresponsabilitat, l'oferent ha de determinar si rebutja aquestes modificacions, de manera que el contracte no s'ha arribat a perfeccionar. Però, si l'oferent no manifesta aquestes objeccions o són rebudes per l'acceptant intempestivament, el contracte haurà quedat perfeccionat d'acord amb el contingut inicial de l'oferta, amb les modificacions introduïdes per l'acceptant. Aquesta regla apareix en l'art. 19.2 CV.

5) Retirada de l'acceptació

L'acceptació també pot ser retirada mentre no hagi esdevingut eficaç a l'efecte de perfeccionar el contracte (és a dir, mentre no sigui coneguda per l'oferent o, remesa pel destinatari de l'oferta, aquell no pugui ignorar-la sense faltar a

Exemple

Per exemple, el titular d'un restaurant efectua una comanda de vi i licors amb una sèrie de condicions i preu (la qual cosa constitueix l'oferta) al seu proveïdor habitual, un distribuïdor de begudes alcohòliques, amb una certa urgència ja que s'aproximen les festes nadalenques. El distribuïdor, sense manifestar res sobre la qüestió, procedeix a enviar la comanda sol·licitada.

la bona fe: art. 1262 CC). En canvi, és possible la revocació si l'oferent coneix l'acceptació o no pot deixar de conèixer-la, sense faltar a la bona fe, perquè ja hi ha perfecció del contracte.

3.6. El moment de perfecció del contracte

1) Identificació del moment de perfecció del contracte

La perfecció del contracte es produeix en el moment en què coincideixen l'oferta i l'acceptació (art. 1262 CC). A la perfecció del contracte s'assigna com a efecte bàsic la vinculació de les parts (art. 1262.I i 1254 CC).

2) Perfecció simultània i perfecció successiva

En funció de la separació temporal entre l'oferta i l'acceptació, es parla de perfecció simultània i perfecció successiva.

La perfecció del contracte pot ser simultània quan entre la formulació de l'oferta i de l'acceptació el lapse temporal és escàs o irrellevant. Això es produeix quan oferent i acceptant siguin al mateix lloc o quan, tot i ser a llocs diferents, disposin d'un medi de comunicació que permeti la simultaneïtat (per exemple, telèfon, videoconferència, etc.). La qualificació de la perfecció contractual com a simultània no depèn de la ubicació espacial dels contractants, sinó fonamentalment del període que hi ha entre la formulació de l'oferta i de l'acceptació.

La perfecció del contracte és successiva quan hi ha un interval temporal entre la manifestació de l'oferent i la de l'acceptant. Aquesta situació pot donar-se quan les parts no són espacialment al mateix lloc i quan no disposen (o no volen disposar) d'un medi que permeti una comunicació simultània.

La manca de simultaneïtat exigeix determinar en quin moment s'entén perfeccionat el contracte, és a dir, en quin moment han coincidit la voluntat de l'oferent i la de l'acceptant. Aquesta qüestió és important per a determinar des de quan desplega els seus efectes el contracte, però també per a establir les possibilitats de revocar o retirar les manifestacions ja efectuades.

La qüestió té ara una solució normativa, coincident tant en el Codi civil (art. 1262) com en el Codi de comerç (art. 54). D'acord amb aquests preceptes, de redacció idèntica, «hi ha consentiment des que l'oferent coneix l'acceptació o des que, després que l'acceptant li hagi remès, no pugui ignorar-la sense faltar a la bona fe».

El criteri legal significa, per tant, la juxtaposició d'una doble teoria: la del coneixement (que protegeix clarament l'oferent, com a destinatari de l'acceptació) i la de la recepció, complementada pel criteri de la bona fe (que matisa aquesta protecció, per la qual cosa s'anomena de *cognició tempera-*

da). Malgrat les seves dificultats probatòries, aquest criteri de la recepció té preferència sobre el del coneixement (un cop que l'oferent no pot ignorar l'acceptació, d'acord amb la bona fe, és indiferent que efectivament la conegui o no).

3) Moment de perfecció dels contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics

En cas de contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics, els art. 1262.III CC i 54.II CCom s'aparten de la regla general i situen el moment de perfecció en la manifestació de l'acceptació: «En els contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics hi ha consentiment des que es manifesta l'acceptació». Així, per a aquest tipus de contractes, que no apareixen delimitats ni en el Codi civil ni en el de comerç, la perfecció s'identifica amb l'anomenada teoria de l'emissió.

Són contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics tots els contractes, electrònics o no, que es conclouin automàticament, és a dir, per mitjà de màquines que tramitin de manera mecànica l'acceptació emesa pel destinatari de l'oferta. Són, per exemple, els contractes celebrats per mitjà de màquines expenedores, o els anomenats contractes clic, en què l'acceptació es manifesta en prémer el botó previst a aquest efecte i que habitualment conté la paraula «Accepto». No ha de ser considerat contracte celebrat mitjançant dispositiu automàtic el contracte celebrat per mitjà de l'intercanvi de correus electrònics.

4) Moment de perfecció dels contractes electrònics

Quan es tracta de contractes electrònics, l'art. 28 de la Llei 34/2002, d'11 juliol, com a regla, imposa a l'oferent la càrrega de confirmar la recepció de l'acceptació.

Com indica l'annex d'aquesta Llei, s'entén per «contracte celebrat per via electrònica» o «contracte electrònic», «tot contracte en què l'oferta i l'acceptació es transmeten per mitjà d'equips electrònics de tractament i emmagatzematge de dades, connectats a una xarxa de telecomunicacions».

No són contractes celebrats amb dispositius automàtics, sinó contractes en què el medi electrònic pel qual s'efectuen les declaracions no es basa en un procediment controlat per l'oferent: així, per exemple, correu electrònic o missatges SMS.

3.7. El lloc de perfecció del contracte

Identificació del lloc de perfecció del contracte

Una qüestió diferent és la determinació del lloc on s'entén celebrat el contracte. Aquest problema sorgeix quan els contractants estan situats a llocs geogràficament separats, i no afecta l'interval temporal que hi pot haver entre l'oferta i la declaració.

La precisió del lloc on s'entén perfeccionat el contracte té importants conseqüències pràctiques. És crucial per a determinar la competència judicial o el Dret aplicable especialment quan en el contracte intervenen elements estrangers (art. 22.3 LOPJ i 10.5 CC i Reglament [CE] núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals [Roma I]).

Davant de les diverses possibilitats existents, tant l'art. 1262 CC com l'art. 54 CCom s'inclinen, amb caràcter general, per la rellevància del lloc on es va fer l'oferta: «En estar a llocs diferents el que va fer l'oferta i el que la va acceptar [...] el contracte, en aquest cas, es pressuposa celebrat al lloc on es va fer l'oferta⁹».

⁽⁹⁾Per als contractes electrònics, l'art. 29 de la Llei 34/2002, d'11 juliol, estableix una regla especial.

3.8. El precontracte

1) Unitat de denominació, pluralitat de supòsits

Probablement, una de les principals dificultats que es planteja en l'anàlisi de l'anomenat precontracte deriva del fet que, sota aquesta denominació, s'agrupen situacions absolutament heterogènies i que presenten pocs trets en comú. A la pràctica, els anomenats precontractes es configuren de manera molt diversa i dificulten l'aplicació d'una regla única.

Com diu la STS de 16 de desembre de 2008, «allò que caracteritza el precontracte és que les parts, per les raons que sigui, no volen que es produeixin de moment els efectes del contracte projectat». Només es pot parlar, en rigor, de precontracte quan ja hi ha acord sobre els elements essencials, però els seus efectes es difereixen temporalment en funció de la voluntat d'una o de les dues parts.

2) Problemes bàsics del precontracte

Els problemes amb què s'enfronta aquesta figura són múltiples. Però, des d'un punt de vista pràctic les qüestions bàsiques són dues:

a) Quins requisits ha de reunir el precontracte, quant a forma, capacitat, etc.? Els previstos amb caràcter general per a tot contracte? O els previstos per al contracte definitiu, que poden arribar a ser més rigorosos?

b) Quins efectes té l'incompliment del precontracte? Pot el jutge si un dels (pre)contractants es nega a celebrar el contracte definitiu substituir aquest (pre)contractant i atorgar el contracte? O, per contra, l'incompliment del precontracte mai no pot donar lloc a l'atorgament del contracte definitiu, per la qual cosa es converteix en l'obligació d'indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats?

En el Codi civil espanyol no hi ha una regulació general del precontracte. Només conté referències expressives a la promesa de comprar i de vendre (art. 1451 CC) i a la de constituir penyora o hipoteca (art. 1862 CC).

En bona mesura, l'abast del precontracte depèn de la interpretació de la voluntat de les parts, sense que sigui possible establir una solució única pel que fa als seus efectes. No tots els supòsits en què les parts parlen de precontractes arriben al mateix nivell de determinació i, per tant, els seus efectes no poden coincidir.

3) Els criteris de la Llei d'enjudiciament civil

El plantejament diversificat, en funció de la interpretació de cada cas, és el que sembla més encertat, i té ara una certa ratificació mitjançant el criteri instaurat per l'art. 708 LEC. Aquesta norma, que s'ocupa de la possibilitat que, per mitjà d'una demanda, se sol·liciti una condemna a emetre una declaració de voluntat, distingeix tres hipòtesis diferents, amb efectes radicalment diferents:

a) Si els elements essencials i no essencials del negoci estan predeterminats, el jutge pot tenir per emesa la declaració de voluntat, mitjançant interlocutòria.

b) Si estan predeterminats els elements essencials i no estan predeterminats els elements no essencials del negoci, el jutge pot tenir per emesa la declaració de voluntat, mitjançant interlocutòria i determina els elements no essencials d'acord amb els usos en el mercat o del tràfic jurídic.

c) Si no estan predeterminats els elements essencials del negoci, i la part no vol emetre la seva declaració de voluntat, el jutge només pot condemnar aquesta part a indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats.

En conclusió, la clau és el grau de determinació dels acords inicials: si la determinació és total, hi ha contracte (per molt que les parts ho denominin precontracte o d'una altra manera) i procedeix l'acció de compliment: no cal sol·licitar una condemna a emetre una declaració de voluntat, sinó simplement a complir les obligacions que neixen del contracte ja perfeccionat.

Si les parts no han arribat a un acord prou determinat, només es pot plantejar una acció indemnitzatòria per la via d'una hipotètica responsabilitat precontractual.

3.9. El dret d'opció

1) Delimitació del dret d'opció

El dret d'opció constitueix una modalitat de precontracte en virtut del qual es concedeix a una de les parts, o ambdues, la facultat de conferir eficàcia a un contracte els elements essencials del qual ja estan predeterminats en concedir l'opció.

El dret d'opció pot derivar sia d'un contracte específic (l'anomenat contracte d'opció), sia d'una clàusula o estipulació continguda en un altre contracte (l'anomenat pacte d'opció: per exemple, arrendament amb opció de compra).

El dret d'opció no té regulació general en el Codi civil espanyol (*vid.*, en canvi, art. 568-8 a 12 CCCat). A més de l'art. 14 RH, l'opció de compra es contempla en les lleis 460 i 461 FN.

A la pràctica, el més freqüent és que el dret d'opció es refereixi a una promesa unilateral de venda, és a dir, impliqui la concessió d'una opció de compra. Aquest és el cas que s'ofereix més sovint a la pràctica, encara que pot referir-se a qualsevol intercanvi de prestació i contraprestació.

El dret d'opció pot complir diverses funcions: assegura a qui opta una major amplitud en la deliberació i decisió sobre la conveniència del contracte (per exemple, arrendament amb opció de compra); permet completar fases d'una operació més complexa, sense comprometre's definitivament (per exemple, promotor immobiliari que vol comprar totes les finques d'una illa de cases, però que va aconseguint drets d'opció sobre les diferents finques a l'espera de poder adquirir-les totes); facilita l'obtenció de finançament per a l'operació; permet una finalitat especulativa, ja que qui opta pot celebrar al seu torn un segon contracte sobre el bé objecte de l'opció, o preveure l'augment o el descens del preu del bé (per exemple, opcions sobre accions); equival a una mena de garantia, quan el prestatari concedeix al prestador una opció de compra sobre un bé per l'import del préstec, o quan el deutor ven al creditor un bé reservant-se una opció per l'import del deute, etc.

2) Estructura del dret d'opció

Les parts del dret d'opció són el concedent i qui opta (o beneficiari). El concedent es compromet a propiciar la consumació del contracte, en cas d'exercitar-se l'opció. De la decisió de qui opta depèn l'eficàcia del contracte projectat. Aquest exercici requereix una declaració de voluntat unilateral i receptícia adreçada al concedent. El consentiment de qui opta és l'únic decisiu per a l'eficàcia del contracte, sense que el concedent pugui tenir la idea que hagi de donar la seva conformitat a la declaració del primer si s'exercita l'opció.

El dret d'opció ha d'estar sotmès a termini d'exercici: no seria admissible que el concedent quedés obligat indefinidament. Un cop passat el termini, decau l'opció. Si no s'ha assenyalat termini en el contracte, directament o indirectament, s'ha de determinar d'acord amb l'art. 1128 CC.

L'art. 14 RH preveu una regla especial per a la inscripció de l'opció de compra sobre immobles al Registre de la Propietat: ha de constar el termini per a l'exercici de l'opció, que no pot excedir de quatre anys.

El dret d'opció pot ser concedit a títol gratuït o a títol oneros (mitjançant el pagament de l'anomenada prima). És un problema d'interpretació de la voluntat que s'ha de resoldre en cada supòsit si la prima pagada per l'opció forma part del preu total o és independent.

3) Efectes del dret d'opció

Si qui opta exercita la facultat d'optar, el contracte projectat esdevé eficaç sense necessitat de consentiments addicionals. L'exercici del dret d'opció s'ha d'efectuar en el termini previst, que es configura com de caducitat.

És possible que les parts supeditin l'exercici de l'opció a l'ofertament de la cosa (opció de venda) o al pagament del preu (opció de compra). Però, si no s'ha pactat res, l'opció pot exercitar-se sense aquest ofertament.

Com a regla, el contracte celebrat pel concedent amb tercers de bona fe contradient el dret d'opció és, en principi, eficaç: el dret d'opció és aliè al tercer de bona fe i el concedent només ha d'indemnitzar a qui opta els danys ocasionats pel seu incompliment. Com a excepció, en cas d'opció de compra sobre béns immobles, que consti inscrita al Registre de la Propietat, d'acord amb l'art. 14 RH, aquest dret és oposable al tercer.

El dret d'opció és transmissible amb el consentiment del concedent, que es pot conferir en constituir-se o amb posterioritat.

Si el dret d'opció no s'exercita en el termini previst, perd la seva eficàcia i el concedent deixa d'estar-ne vinculat. Normalment, el no exercici del dret d'opció implica que el concedent faci seu, amb caràcter definitiu, l'import de la prima.

4. Interpretació, qualificació i integració del contracte

4.1. Preliminar

Relacions entre interpretació, qualificació i integració

Encara que teòricament puguin analitzar-se com operacions separades i successives, la veritat és que en la realitat la interpretació, la qualificació i la integració contractuals constitueixen mecanismes absolutament interrelacionats i que, sovint, es realitzen de manera conjunta, en la mesura que en funció de la interpretació que s'atribueixi a una determinada clàusula, se'n condiciona la qualificació i es fa necessària la seva integració per mitjà dels diversos criteris oferts per l'ordenament jurídic.

4.2. La interpretació del contracte

1) Delimitació de la interpretació del contracte

La interpretació del contracte té com a finalitat fonamental establir el sentit i l'abast de la voluntat de les parts en la plasmació de la reglamentació contractual.

Es tracta d'una qüestió de la màxima importància perquè contribueix a delimitar el contingut vinculant del contracte i determinar en quins casos les parts han incomplert el vincle contractual.

És indubtable que la interpretació contractual presenta una certa proximitat a la interpretació de les normes (art. 3.1 CC), però també és evident que són funcions d'abast divers en la mesura que els interessos que cal tutelar són diferents (la voluntat dels contractants, en un cas, un interès general, en l'altre) i que no es pot prescindir de l'objecte diferent sobre el qual es projecten (una relació contractual concreta i específica, en un cas, una regla general i abstracta, en l'altre).

2) Interpretació subjectiva i interpretació objectiva

Dins de la interpretació contractual, la contraposició bàsica s'estableix entre l'anomenada interpretació subjectiva, que tendeix a esbrinar la voluntat o intenció concorde dels contractants, i la denominada interpretació objectiva, encaminada a dissipar els dubtes o les ambigüitats de la declaració contractual conferint un sentit i un significat objectiu fins i tot amb independència de la voluntat real dels contractants. En el Codi civil, les regles d'interpretació con-

Exemple

Per exemple, una clàusula en la qual en un contracte de compravenda es ven l'immoble «lliure d'arrendataris», inclou els que ocupen l'immoble sense contracte d'arrendament? Incompleix el venedor si a l'immoble hi ha ocupants sense títol jurídic en el moment de vendre la cosa?

tractual, que contenen els art. 1281-1289 CC (als quals remet també l'art. 50 CCom: *vid.* també art. 57 a 59 CCom), ofereixen criteris no sempre coherents, en uns casos més propis d'una interpretació subjectiva (art. 1281-1284 CC) i en altres més propers a una interpretació objectiva (art. 1285-1289 CC).

3) Principis rectors de la interpretació contractual

Davant l'acumulació de regles que proporciona el Codi civil, no és estrany que la doctrina acostumi a enunciar una sèrie de principis rectors de la interpretació contractual per a clarificar i coordinar l'abast d'aquests preceptes.

a) El **principi de recerca de la voluntat real dels contractants** tracta d'establir la voluntat comuna i històrica que va presidir la formació i la celebració del contracte. Això vol dir intentar esbrinar què és el que les parts van voler pactar de comú acord (i no només el que una part volia o va entendre) en celebrar el contracte.

b) El **principi de conservació del contracte**, entre una lectura que significa privar d'efectes el contracte o certa clàusula i una altra lectura que li permet produir-los, implica que s'ha d'optar per aquesta última.

c) Finalment, el **principi de bona fe** determina que també en la interpretació del contracte s'ha d'acudir a l'estàndard de conducta que representa aquesta clàusula general. Una aplicació d'aquest principi pot trobar-se en l'art. 1288 CC que estableix el criteri d'interpretació *contra stipulatorem*, és a dir, contra la part que ha ocasionat l'obscuritat d'una clàusula contractual.

4) Regles sobre interpretació en el Codi civil espanyol

Ens trobem amb una pluralitat de regles sobre interpretació en el Codi civil, la qual cosa, si s'apliquen totes simultàniament, pot conduir a resultats contradictoris. Cal, per tant, jerarquitzar aquests criteris en els seus elements bàsics per a determinar, en cas de conflicte, quin ha de prevaler.

El principal criteri rector de la interpretació apareix recollit en el paràgraf segon de l'art. 1281 CC, en la mesura que atorga prevalença a la «intenció evident dels contractants» per sobre de les paraules concretament utilitzades per ells. Això vol dir que el principal criteri que ha de presidir la interpretació en el nostre Codi civil és l'esbrinament d'aquesta voluntat conjunta dels contractants. Aquesta intenció dels contractants pot establir-se, com diu l'art. 1282 CC, atenent principalment els seus actes coetanis i posteriors al contracte (i encara que no ho explicita aquesta norma també cal acudir als seus actes anteriors: per exemple, esborranys o intercanvi previ de missatges).

Lectura recomanada

Un resum de la doctrina jurisprudencial es pot veure a les STS de 29 de gener de 2015 i de 16 d'abril de 2015.

També obeeix a aquesta línia de prevalença de la voluntat contractual l'art. 1283 CC, en la mesura que confereix preponderància a aquesta voluntat tot i que els termes emprats pels contractants siguin de caràcter general: no s'han d'entendre compresos en un contracte «coses diferents i casos diferents dels que els interessats es van proposar contractar».

Amb claredat, l'art. 1284 CC respon al criteri de conservació del contracte, ja que, entre els diversos sentits que admeti una clàusula, s'inclina per al més adequat perquè produeixi efectes. L'art. 1285 CC estableix un criteri d'interpretació de caràcter sistemàtic, en propiciar una interpretació conjunta de les clàusules del contracte. La naturalesa i l'objecte del contracte contribueixen també a precisar quina de les diferents accepcions d'una paraula ha de ser preferida per a la interpretació (art. 1286 CC): la norma es refereix a les paraules polisèmiques i formulades per escrit.

En l'art. 1287 CC apareixen consagrades dues funcions dels usos: una interpretativa i una altra integrativa. La primera funció permet corregir les ambigüitats dels contractes (per exemple, com a unitat de mesura del terreny rústic es fa servir el jornal, que té una extensió diferent a Catalunya i a la Comunitat Valenciana). La segona funció omple l'omissió de clàusules no previstes (en el mateix sentit que, com veurem, planteja l'art. 1258 CC).

Esmentat ja l'art. 1288 CC, com a derivació del principi de bona fe, només queda per posar de manifest la clàusula de tancament interpretatiu que estableix l'art. 1289 CC. Atès que, tot i el ventall de regles interpretatives, no es pot excloure la impossibilitat de concretar la veritable voluntat de les parts, cal preveure quina solució s'ha d'aplicar en aquests casos. El Codi civil estableix una distinció sensata:

a) Si els dubtes irresolubles recauen sobre elements accidentals del contracte, cal, al seu torn, subdistingir: si es tracta d'un contracte gratuït, s'ha d'aplicar el criteri de la menor transmissió de drets (per exemple, en una donació d'un bé immoble en la qual es discuteix si també s'han donat alguns béns elements mobles que hi havia en aquell immoble, cal entendre que la donació té el menor abast possible); en canvi, si es tracta d'un contracte oneros, amb un criteri més obscur, el Codi civil s'inclina per la major reciprocitat d'interessos, és a dir, per la major commutativitat o equilibri entre les prestacions.

b) Si els dubtes irresolubles recauen sobre elements essencials del contracte (per exemple, no es pot arribar a saber quina de les diverses parcel·les que en una urbanització són propietat del promotor ha estat venuda als adquirents, per un preu determinat), el Codi civil considera que el contracte és nul.

El problema interpretatiu rau en el fet de determinar quan som davant d'elements accidentals o essencials del contracte, perquè aquesta qualificació incideix en el seu règim jurídic.

La connexió d'aquest art. 1289 CC amb el principi de conservació del contracte es constata en comprovar com, malgrat l'existència de dubtes irresolubles, sempre que recaiguin sobre elements accidentals, es manté la vigència del contracte.

5) Condicions generals de la contractació i interpretació

Quan el contracte s'articula per mitjà de condicions generals de la contractació cal matisar els criteris interpretatius per a posar de manifest la situació diferent del predisponent i de l'adherent. Per això, es dedica una atenció especial als criteris d'interpretació en el cas de condicions generals de la contractació. Tot l'art. 6 LCGC s'ocupa d'aquesta qüestió i n'ofereix diverses regles:

a) Prevalen les condicions particulars del contracte sobre les condicions generals, tret que aquestes siguin més beneficioses per a l'adherent. Es considera que, en principi, les condicions particulars reflecteixen d'una manera més adequada la voluntat de les parts.

b) Els dubtes en la interpretació de les condicions generals s'han de resoldre a favor de l'adherent. Es tracta, com és evident, d'un criteri similar al de l'art. 1288 CC. L'art. 80.2 TRLGDCU consagra també la prevalença de la interpretació favorable al consumidor, ja que «en cas de dubte sobre el sentit d'una clàusula preval la interpretació més favorable al consumidor».

c) Supletòriament, s'ha d'acudir a les regles d'interpretació del Codi civil.

Cal recordar que té la consideració d'abusiva la clàusula que reservi a favor de l'empresari facultats d'interpretació del contracte (art. 85.3 TRLGDCU).

4.3. La qualificació del contracte

Delimitació de la qualificació del contracte

La qualificació d'un contracte constitueix una operació molt més complexa que la simple subsumpció d'una relació contractual concreta en un esquema legal predeterminat. Es tracta de determinar quin és el règim jurídic que correspon a l'operació econòmica articulada per les parts, en funció dels pactes establerts entre elles. Per a això, cal precisar què és el que han volgut les parts i quin és el veritable abast dels criteris legals.

D'entrada, s'ha de destacar que l'anàlisi de la reglamentació contractual pot conduir tant a la inserció d'allò acordat en un règim típic com a la constatació del caràcter atípic d'allò que han volgut les parts. La qualificació del contracte com a operació d'identificació de les regles legals al supòsit negocial constitueix una qüestió de la màxima transcendència perquè en determinar el règim jurídic que és aplicable a aquest contracte conforma el contingut de drets i obligacions de les parts.

La jurisprudència ha afirmat reiteradament que «els contractes són el que són i no el que diguin les parts contractants que són», amb la qual cosa s'estableix la llibertat dels tribunals de qualificar el contracte d'acord amb el seu veritable contingut més enllà de les denominacions emprades per les parts.

4.4. La integració del contracte

1) Delimitació de la integració del contracte

Com és fàcil d'imaginar, quan les parts negocien la celebració d'un contracte no analitzen, discuteixen i arriben a un acord sobre totes les vicissituds i qüestions que poden arribar a imaginar-se. Les parts solen preocupar-se d'establir els extrems als quals confereixen més rellevància i no es dediquen a pactar sobre aspectes que, moltes vegades, no deixen de ser hipòtesis que no arriben mai a complir-se.

L'actitud dels contractants que no es preocupen de preveure totes i cadascuna de les hipòtesis que poden produir-se és racional i sensata: negociar és car (implica costos de temps i diners) i no té lògica malgastar aquests recursos en pactar qüestions que potser mai no tinguin lloc.

Davant d'altres models jurídics, que exigeixen incorporar al contracte una pluralitat de previsions, en el nostre ordenament disposem d'una eina que permet satisfer les llacunes de previsió dels contractants. Altres llacunes poden sorgir per la declaració d'invalidesa d'una clàusula concreta. La integració contractual és el mecanisme pel qual s'ofereixen solucions de reglamentació a les mancances que presenten els contractes, sia perquè les parts no les han previst, sia perquè el que han previst les parts ha esdevingut ineficaç.

2) Autointegració i heterointegració: l'art. 1258 CC

Aparentment, la solució immediata hauria de ser recórrer a allò que les parts haguessin previst si s'haguessin enfrontat a aquesta llacuna de regulació (és l'anomenada autointegració). Però, aquesta solució no sembla adequada: tot recurs a allò que les parts haguessin decidit en el moment de la celebració del contracte no passa de ser una mera elucubració, davant la constatació que, un cop plantejat el problema, cada part intentarà que prevalgui la solució més favorable als seus interessos.

Per això, es completa aquest dèficit de regulació amb uns elements externs als contractants (per la qual cosa s'anomena heterointegració) i que són exposats clarament en l'art. 1258 CC. Aquests elements són la bona fe, l'ús i la llei.

Els elements que l'art. 1258 CC enumera per a completar la reglamentació contractual no són dades rígides i intemporals, o que siguin predefinides pel Codi civil, sinó que constitueixen en bona mesura clàusules generals que cal concretar en funció de les circumstàncies de cada relació contractual.

3) La bona fe com a criteri d'integració

La bona fe, que també apareix, amb un caràcter més general, en l'art. 7.1 CC, ha de ser entesa com un estàndard de conducta: una manera de procedir dels contractants tendent a la cooperació honesta. Es tracta, doncs, d'un element que ha de presentar un caràcter objectiu (comportament just i adequat) i no merament subjectiu (creença o situació psicològica del contractant). La bona fe es tradueix en una sèrie de deures i permet propugnar que els contractants han d'intentar facilitar el compliment i la major satisfacció dels interessos contractuals; que han de procurar minimitzar l'impacte de certs riscos (per exemple, deure de mitigar el dany); que els deures d'informació, lleialtat o fidelitat entre les parts es modulen en funció del tipus de contracte, o que cada part ha d'evitar el dany personal de l'altra banda, i vetllar per la seva seguretat.

Amb rotunditat, l'art. 65 TRLGDCU diu que «els contractes amb els consumidors s'han d'integrar, en benefici del consumidor, d'acord amb el principi de bona fe objectiva, també en els supòsits d'omissió d'informació precontractual rellevant».

4) L'ús com a criteri d'integració

L'ús presenta certes dificultats en la seva delimitació per la pluralitat de funcions que se li assignen al llarg del Codi civil (art. 1.3.II, 1258 i 1287 CC). En l'àmbit de l'art. 1258 CC, l'ús constitueix la pràctica habitual o la manera normal de procedir en els contractes d'una classe determinada. Cal tenir en compte que, en canvi, en l'art. 1287 CC s'atribueix a l'ús tant la funció interpretativa com la integradora (suplint l'omissió de clàusules que ordinàriament solen incloure's). Una aplicació d'aquesta funció integradora de l'ús es troba també en l'art. 708.2 LEC, quan permet solucionar la indeterminació d'alguns elements no essencials d'un contracte, «d'acord amb el que sigui usual en el mercat o en el tràfic jurídic».

5) La llei com a criteri d'integració

La llei a la qual fa referència l'art. 1258 CC consisteix fonamentalment en la norma dispositiva, és a dir, la que s'aplica supletòriament, en defecte de pacte de les parts. Si les parts han pactat en un determinat sentit, la regla dispositiva no entra en joc. Això no ha de fer pensar, però, en la irrellevància en la reglamentació contractual de les normes imperatives; ans al contrari, la seva importància es detecta en dos moments: a) constitueixen un límit a l'autonomia de la voluntat (art. 1255 CC), i b) el contingut de la norma imperativa resulta aplicable tant si hi ha pacte com si no entre les parts (art. 1258 CC).

6) La publicitat com a criteri d'integració

Encara que no s'esmenta en l'art. 1258 CC, la publicitat constitueix un element fonamental a l'efecte d'integració de la reglamentació contractual. La vinculació contractual no es limita a allò que s'ha pactat expressament i als elements referits a l'art. 1258 CC, sinó que es projecta també al contingut de la publicitat efectuada per una o altra de les parts.

Aquest criteri apareix reflectit en l'art. 61.2 TRLGDCU i ha estat admès, amb caràcter general, per la jurisprudència.

Encara que aquestes normes es refereixen als contractes amb consumidors i usuaris, el criteri jurisprudencial té un sentit més general: fonamentalment des de la STS de 27 de gener de 1977 s'ha admès, com a derivació de la bona fe, que la publicitat era també un element integrador del contracte.

7) Condicions generals, clàusules abusives i integració del contracte

Una funció molt important de l'art. 1258 CC es planteja en els casos de condicions generals i clàusules abusives.

Les condicions generals no incorporades (art. 7 LCGC) o nul·les (art. 8 LCGC) també generen una llacuna en la reglamentació contractual i es fa necessari evitar-la. D'acord amb l'art. 10.2 LCGC, «la part del contracte afectada per la no incorporació o per la nul·litat s'ha d'integrar d'acord amb allò que disposa l'art. 1258 CC i disposicions en matèria d'interpretació contingudes en ell». La remissió a l'art. 1258 CC per a la integració del contracte resulta plausible, però no passa el mateix amb la remissió a les regles d'interpretació, perquè significa una certa confusió de l'abast d'un i altre mecanisme.

Aquest mateix plantejament es predicava de les clàusules abusives, que són nul·les i es tenen per no posades (art. 83.1 TRLGDCU), de manera que poden generar una llacuna en la reglamentació contractual disposada per les parts. Per a solucionar aquest problema, l'art. 83.2 TRLGDCU imposava, amb una certa redundància, que «la part del contracte afectada per la nul·litat s'ha d'integrar d'acord amb el que disposa l'art. 1258 CC i el principi de bona fe objectiva». Però, per aplicació dels criteris jurisprudencials comunitaris (STJUE de 14 de juny de 2012), la norma ha estat modificada i s'ha suprimit el segon apartat, amb la qual cosa s'ha generat el dubte de la determinació de la manera d'omplir la llacuna contractual.

5. L'eficàcia del contracte

5.1. Preliminar

1) L'eficàcia del contracte en el Codi civil

En el plantejament del Codi civil, el contracte és identificat com una de les fonts de les obligacions (art. 1089 CC). D'acord amb aquesta perspectiva, es podria pensar que, pel que fa als efectes del contracte, n'hi hauria prou de remetre'ns a les regles sobre les relacions obligatòries.

2) La necessitat d'una revisió de l'eficàcia del contracte

No obstant això, aquest plantejament, sense ser fals, resulta manifestament incomplet. El contracte imposa una vinculació entre les parts i dissenya entre elles una reglamentació que en presidirà d'ara endavant el comportament.

Cal tenir en compte que, com es desprèn de l'art. 1258 CC, la reglamentació contractual no es limita a allò que les parts expressament han acordat, sinó que es conforma per mitjà d'altres elements i factors. Els elements que configuren aquesta reglamentació contractual són, jeràrquicament estructurats, els següents:

- a) Les normes imperatives.
- b) Les regles derivades de l'autonomia privada de les parts.
- c) Les normes dispositives, els usos i els criteris derivats de la bona fe contractual.

Per això, resulta més apropiat el plantejament que, si més no amb una expressió més gràfica que rigorosa, recull l'art. 1091 CC, en establir que «les obligacions que neixen dels contractes tenen força de llei entre les parts contractants, i s'han de complir amb el seu tenor». Aquest art. 1091 CC consagra amb claredat que l'efecte primordial del contracte és l'establiment d'un vincle jurídic, pel qual les parts han d'observar el contingut d'aquesta reglamentació contractual.

Pel que fa a l'eficàcia bàsica del contracte, com es veurà a continuació, cal plantejar-se dos extrems: què significa el vincle contractual (la vinculació contractual) i quines persones es veuen afectades pel vincle contractual (la relativitat del contracte).

5.2. L'eficàcia bàsica del contracte: la vinculació de les parts

1) Plantejament general

Com a conseqüència immediata del contracte, les parts han d'observar un determinat comportament, en funció de la reglamentació contractual. Per tant, sorgeix per a les parts un deure de respecte o observança del contracte. Això no només significa que cada part ha d'ajustar el seu comportament al que preveu el contracte, sinó que, en cas de no procedir d'aquesta manera, l'altra part disposarà d'una pretensió per a exigir el compliment d'aquesta reglamentació contractual.

L'eficàcia del contracte vol dir que desplega les conseqüències jurídiques que li són pròpies i que li ha assignat l'ordenament, en funció de les seves característiques causals.

2) Vinculació i irrevocabilitat contractual

La vinculació entre les parts derivada del contracte implica que, com a regla general, no pot ser suprimida per voluntat d'una sola de les parts del contracte. Aquest criteri es confirma en la mesura que deixar en mans d'una de les parts el manteniment de la vigència del contracte seria contrari a la interdicció de l'arbitrarietat, que es preveu a l'art. 1256 CC, en dir que «la validesa i el compliment dels contractes no poden deixar-se a l'arbitri d'un dels contractants».

Ara bé, aquest criteri general d'irrevocabilitat de la vinculació contractual no regeix en dos supòsits:

- a) Quan les parts, de comú acord, consenten a donar per extingit el vincle contractual (dissentiment mutu).
- b) Quan, excepcionalment, s'admet la rellevància de la voluntat unilateral, tractant-se de relacions de durada indefinida o basades en la confiança, o de relacions en què es vol protegir especialment una de les parts.

5.3. L'eficàcia bàsica del contracte: la relativitat del contracte

1) Plantejament general

Com a conseqüència lògica de la consideració del contracte com a acte d'autonomia privada, el contracte limita els seus efectes a les parts que l'atorguen i no afecta tercers.

2) La identificació de les parts del contracte

Exemple

Per exemple, el contracte de mandat pot extingir-se per revocació del mandant per voluntat seva (art. 1732 CC). I es reconeix un dret de desistiment en favor dels consumidors en determinades relacions contractuals.

Els efectes del contracte només es projecten, com a regla general, en l'esfera jurídica dels qui en són part. Amb una claredat extrema, aquest és el principi establert per l'art. 1257.I CC: «els contractes només produeixen efecte entre les parts que els atorguen i els seus hereus...». Lògicament, això exigeix distingir qui mereix la consideració com a part d'un contracte i qui no.

Podem considerar com a parts del contracte:

- a) Les persones que l'han atorgat, és a dir, els qui han emès les declaracions de voluntat o han realitzat els comportaments constitutius del negoci, i són a més titulars dels interessos reglamentats pel contracte. En cas que el contracte es faci mitjançant representant, part del contracte és el representat o *dominus negotii*.
- b) Els hereus dels atorgants, ja que els hereus ocupen el lloc que en les relacions contractuals tenien els seus causants (art. 659 i 660 CC). El mateix art. 1257.I CC estableix com a excepció a aquesta vinculació dels hereus que «els drets i obligacions que procedeixen del contracte no siguin transmissibles, per la seva naturalesa, o per pacte, o per disposició de la llei».
- c) Els qui, mitjançant cessió o subrogació, passen a ocupar la posició de part del contracte.

5.4. L'eficàcia del contracte respecte als tercers

1) La identificació dels tercers

La noció de tercer pel que fa a l'efecte del contracte pot tenir un doble sentit:

- a) En sentit ampli, és tercer tota persona que no sigui part del contracte. Es tracta d'una noció absolutament negativa i mancada de rellevància per la seva extraordinària amplitud.
- b) En sentit estricte, és tercer tota persona que entra en relació amb un contracte o amb els que en són part, sense ser part d'aquest contracte.

Cal observar que també són tercers les persones presents en l'acte de celebració del contracte que no siguin part contractual, com els representants, els testimonis o el notari autoritzant.

El principi de relativitat¹⁰ del contracte comporta que el contracte no desplega cap eficàcia en l'esfera jurídica dels tercers. Aquesta regla es pot extreure's de l'art. 1257.I CC, que, en establir l'eficàcia contractual respecte de les parts i els seus hereus, implícitament nega que pugui afectar altres persones.

⁽¹⁰⁾Aquesta relativitat dels efectes del contracte sol expressar-se amb màximes jurídiques com *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* (allò fet entre uns no perjudica ni beneficia altres).

2) Eficàcia del contracte respecte de tercers

Ara bé, aquest principi de relativitat no pot ignorar que, en alguns casos, la interdependència de les relacions jurídiques, que és característica del tràfic actual, representa la repercussió de certs contractes en tercers. No sempre aquesta repercussió té la mateixa intensitat, ni se sotmet als mateixos requisits. En quins casos pot arribar a plantejar-se aquesta repercussió contractual en els que no en van ser part?

a) Concurrència de diversos creditors sobre un mateix patrimoni. És evident que la possibilitat de satisfacció plena dels crèdits que una persona té depèn dels crèdits que altres persones tinguin contra el mateix deutor, en virtut de relacions contractuals independents.

b) Doble venda (art. 1473 CC). Un dels dos compradors veurà incomplert el seu contracte precisament pel compliment d'un contracte del qual no és part.

c) Successió de transmissions *inter vivos* de drets reals. Pot succeir que es perdi la propietat sobre un determinat objecte perquè és anul·lat o resolt el contracte pel qual l'havia adquirit la persona que l'havia transmès.

d) Contractes connexos. En cas de subcontracte, les vicissituds del contracte base repercuteixen en les del subcontracte, tot i que una de les parts d'aquest subcontracte no té res a veure amb el contracte base.

e) Assumpció de garanties. El garant no és part del contracte garantit (art. 1822 i 1823 CC) i, en canvi, les vicissituds d'aquest contracte l'afecten de manera clara: per exemple, l'incompliment del deutor principal implica la seva obligació de complir el deute.

De tot això resulta que, més matisadament, l'efecte vinculant es produeix només entre les parts, però els tercers no poden ignorar que s'ha produït el contracte: el contracte és, en principi, oposable a tercers. Aquesta oposabilitat requereix la certesa de la seva existència i la seva publicitat (art. 1227, 1230, 1280, 1526 i 1865 CC).

5.5. El contracte a favor de tercer

1) Delimitació del contracte a favor de tercer

L'art. 1257.II CC contempla, encara que de manera insuficient, l'anomenat «contracte a favor de tercer», és a dir, el que dona lloc al naixement d'un crèdit a favor d'una persona diferent de les parts.

Es tracta, per tant, del supòsit de fet en què una persona (estipulant) contracta amb una altra (promitent), que aquesta última faci una prestació a favor d'un tercer, anomenat beneficiari. Cal destacar que aquest esquema pot respondre a

qualsevol tipus negocial. No és una categoria contractual concreta, sinó que es pot aplicar a una pluralitat de contractes (assegurances, renda vitalícia, transport, aliments, etc.).

Les principals conseqüències que es deriven de l'art. 1257.II CC són dues. D'una banda, permet aclarir qualsevol mena de dubte sobre l'admissibilitat de la categoria. De l'altra, concreta la transcendència del consentiment del beneficiari. En canvi, cal donar menor rellevància a la referència al fet que es tracta d'«alguna estipulació» del contracte: res no impedeix que la totalitat de les prestacions beneficiïn el tercer.

La perfecció del contracte a favor de tercer requereix el consentiment del promitent i de l'estipulant. I des d'aquest moment és exigible la prestació a favor del tercer. No cal per a la perfecció d'aquest contracte el consentiment del beneficiari. No es tracta, doncs, d'un negoci trilateral.

Llavors, quin sentit té el consentiment del beneficiari, a què al·ludeix l'art. 1257.II CC? L'acceptació del beneficiari actua com a límit a la facultat de revocació de l'estipulació a favor seu: un cop produïda aquesta acceptació, ja no es pot revocar. L'acceptació es configura com una declaració de voluntat unilateral i receptícia que s'ha de posar en coneixement del promitent, i que res no impedeix que sigui també comunicada a l'estipulant.

2) Relacions derivades del contracte a favor de tercer

Entre promitent, estipulant i beneficiari poden esdevenir-se les relacions següents:

a) Relació de cobertura (relació entre estipulant i promitent). Són els efectes típics del contracte celebrat, encara que la prestació sigui a favor del beneficiari.

Fins a l'acceptació del beneficiari, el promitent i l'estipulant poden modificar (per exemple, designar un altre beneficiari, que pot ser el propi estipulant) o extingir el contracte. Després de l'acceptació del beneficiari, el promitent i l'estipulant ja no poden incidir en el dret del beneficiari.

b) Relació causal o de valuta (relació entre estipulant i beneficiari). Aquesta relació explica per què l'estipulant vol afavorir el beneficiari: pot ser una *causa donandi*, una *causa credendi* o una *causa solvendi*. Aquesta relació no afecta el promitent, però determina les conseqüències que el negoci produirà entre l'estipulant i el beneficiari (per exemple, en cas de *causa donandi*, s'aplica el règim de les donacions).

c) Relació entre promitent i beneficiari. La principal conseqüència de l'estipulació a favor de tercer és que el beneficiari pot exigir al promitent el compliment de la prestació. Cal identificar quines excepcions pot al·legar el

promitent davant de la reclamació del beneficiari. El promitent pot oposar eficaçment les excepcions derivades de les condicions objectives del dret del beneficiari i les derivades del contracte mateix del qual el beneficiari deriva el seu dret. En canvi, no són oposables les excepcions derivades de qualsevol altra relació entre promitent i estipulant, i les derivades de la relació entre beneficiari i estipulant.

5.6. El contracte per a persona que es designarà

1) Delimitació del contracte per a persona que es designarà

Aquesta modalitat no té regulació en el Codi civil, tot i que ha tingut una certa difusió en el tràfic jurídic, sobretot el relatiu a la compravenda immobiliària.

Es considera «contracte per a persona que es designarà» el supòsit de fet en què una persona (estipulant) es reserva la facultat d'elegir (*electio*), dins d'un termini, un tercer que el substitueixi en la seva posició contractual, i quedi vinculat amb l'altra part del contracte (promitent), i deslligat l'estipulant.

Aquest esquema pot respondre a qualsevol tipus de negoci, sempre que sigui admissible la substitució. No és tampoc, com el contracte a favor de tercer, una categoria contractual concreta, sinó un esquema aplicable a una diversitat de relacions contractuals, tot i que habitualment es fa servir en contractes de compravenda.

2) Efectes del contracte per a persona que es designarà

La perfecció del contracte es produeix amb el consentiment de l'estipulant i del promitent, sense que en aquell moment sigui necessari el consentiment de la persona que es designarà en un moment posterior.

És important destacar que no hi ha dos contractes successius, sinó un sol contracte amb contractants alternativament determinats que produeix un *iter* contractual amb dues fases, l'anterior a l'*electio* i la posterior.

L'*electio*, que és l'acte pel qual l'estipulant designa la persona que el substitueix en el contracte, s'ha de comunicar al promitent i tenir el consentiment de la persona designada. S'ha d'efectuar en el termini pactat i, en qualsevol cas, abans del compliment del contracte.

La manca d'exercici de l'*electio* comporta la vinculació definitiva de l'estipulant. L'exercici de l'*electio* comporta la vinculació de la persona designada i la desvinculació de l'estipulant.

5.7. Contracte amb promesa del fet d'un tercer

1) Delimitació del contracte amb promesa del fet d'un tercer

Mancat de regulació en el Codi civil, el contracte amb promesa del fet d'un tercer és el contracte en el qual una de les parts contractants (promitent) s'obliga enfront de l'altra (promissari) que un tercer lliuri alguna cosa o presti algun servei. Aquesta modalitat ha gaudit de certa difusió per la freqüència amb què els professionals actuen mitjançant fórmules societàries.

El promitent assumeix enfront del promissari el risc que el tercer no compleixi, però el promitent no actua com a representant del tercer (perquè llavors aquest tercer no seria tal, sinó que seria part del contracte) i tampoc no es compromet a realitzar la prestació en lloc del tercer. La prestació del promitent constitueix, doncs, una prestació de garantia.

2) Efectes de la promesa del fet d'un tercer

Quant als efectes de la promesa, es poden assenyalar dues fases diferents. Abans que el tercer accepti complir allò que s'ha promès, el promitent suporta el risc que el tercer ho refusi. Després de l'acceptació del tercer, el promitent queda alliberat de la seva obligació.

Lectura recomanada

Una àmplia exposició de la figura es pot veure a la SAP de Pontevedra de 30 de maig del 2001.

5.8. El contracte en dany de tercer

1) Delimitació del contracte en dany de tercer

Es parla de contracte en dany de tercer per a identificar els supòsits en què la celebració d'un contracte perjudica una persona (tercer) que no n'és part.

No es tracta, evidentment, d'una modalitat contractual, sinó d'una patologia contractual. Però, perquè es pugui parlar de contracte en dany de tercer ha de donar-se una lesió immediata i directa dels drets del tercer, sense que n'hi hagi prou que un contracte causi efectes desfavorables a un tercer.

2) Grups de casos de contractes en dany de tercer

A l'hora de determinar les conseqüències jurídiques del contracte en dany de tercer, cal distingir dues hipòtesis:

a) Si la finalitat de causar un dany a tercer és comuna a les dues parts del contracte, som davant d'un supòsit de causa il·lícita, que comporta la nul·litat del contracte (art. 1275, 1305 i 1306 CC). Aquesta nul·litat pot ser instada pel tercer perjudicat.

b) Si la finalitat de causar un dany a tercer només concorre en una de les parts, i és desconeixuda per l'altra, causalment el contracte és vàlid, però no es pot descartar que el contracte en dany de tercer sigui nul per contradicció amb una norma imperativa, especialment les que tutel·len la competència (Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, i Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència).

La posició del tercer perjudicat difereix en funció de si estava prèviament vinculat, o no, amb alguna de les parts del contracte celebrat amb la finalitat de perjudicar-lo:

a) Si el tercer perjudicat i un dels contractants eren parts d'un altre contracte, el tercer pot dirigir-se contra el contractant amb el qual estava vinculat, per responsabilitat contractual (art. 1101 CC), i contra l'altre contractant, per responsabilitat extracontractual (art. 1902 CC).

b) Si el tercer perjudicat no tenia vinculació contractual amb cap dels contractants, pot reclamar, amb fonament en la responsabilitat extracontractual, contra tots dos contractants (art. 1902 CC), la responsabilitat dels quals serà solidària.

5.9. El subcontracte

1) Delimitació del subcontracte

El subcontracte és el contracte dependent d'un altre anterior de la seva mateixa naturalesa, en el qual un dels contractants, en comptes d'assumir les prestacions derivades del contracte o gaudir-ne personalment, acorda amb un tercer l'assumpció o el gaudi d'aquestes prestacions, tant pel que fa a drets com a obligacions, totalment o parcialment.

Amb caràcter general, el Codi civil no regula el subcontracte, però no desconeix la figura ja que n'hi ha diferents aplicacions en relació amb diversos tipus de contracte. Podem trobar casos de subcontracte en relació amb l'arrendament de coses (art. 1550, 1551 i 1552 CC), el contracte d'obra (art. 1597 CC; aquesta problemàtica ha donat lloc fins i tot a la Llei 32/2006, de 18 d'octubre, reguladora de la subcontractació en el sector de la construcció) i el mandat (art. 1721 i 1722 CC). Els casos de subcontracte que preveu la legislació de l'arrendament són d'una gran transcendència pràctica: arrendament d'habitatge (art. 8 LAU), arrendament per a ús diferent del d'habitatge (art. 32 LAU) i arrendament rústic (art. 23 LAR).

La característica principal del subcontracte rau en el fet que genera una nova relació contractual, i manté el contracte entre les parts originàries, a diferència de la cessió de contracte que, com veurem, representa la transferència d'una

posició contractual, de manera que se substitueix una de les parts originàries. El subcontracte comporta, doncs, una concatenació i pluralitat de relacions contractuals.

2) Efectes del subcontracte

El problema fonamental que es planteja al voltant del subcontracte deriva de determinar les conseqüències que les vicissituds del subcontracte poden tenir en el contracte originari, i viceversa.

Amb caràcter general, cal dir que el contracte originari és immune a les vicissituds del subcontracte. L'extinció del subcontracte no afecta la vigència del contracte originari. En canvi, les vicissituds del contracte originari sí que afecten el subcontracte en la mesura que aquest en depèn.

Fins a quin punt és admissible que els que no són part del mateix contracte puguin dirigir-se els uns contra els altres? Pot qui no és part del contracte originari reclamar contra qui només és part d'aquest contracte? En alguns supòsits, s'admet l'exercici de l'acció directa (art. 1552, 1597 i 1722 CC), encara que no es considera possible la seva aplicació analògica a altres casos. En qualsevol cas, els interessats sempre poden fer valer els seus drets per mitjà de l'acció subrogatòria (art. 1111 CC).

5.10. La cessió de contracte

1) Delimitació de la cessió del contracte

La cessió del contracte significa la transmissió a un tercer (cessionari) de la posició contractual íntegra d'un dels contractants (cedent). Com a conseqüència de la cessió, el cedent es desprèn dels drets i les obligacions contractuals, que són assumits pel cessionari.

El fonament d'aquesta possibilitat, també mancat de regulació general en el Codi civil, es troba en el principi d'autonomia privada de l'art. 1255 CC, supeditat, és clar, a la transmissibilitat del contingut contractual. Per contra, la cessió del contracte sí que està prevista en determinades relacions contractuals: arrendament d'habitatge (art. 8 LAU), arrendament per a ús diferent del d'habitatge (art. 32 LAU) i arrendament rústic (art. 23 LAR).

La cessió de contracte pot obeir a una pluralitat de causes, sense que s'identifiqui amb un tipus contractual concret.

Per a la perfecció del contracte, cal que hi concorrin tres consentiments: el del cedent, el del cessionari i el del contractant cedit. Es tracta, doncs, d'un negoci plurilateral.

Cal destacar que el consentiment del contractant cedit (el que roman en el contracte originari) no és un simple requisit d'eficàcia, sinó un element que afecta l'existència de la cessió.

2) Efectes de la cessió del contracte

Quant als efectes de la cessió del contracte, cal distingir tres plans diferents:

a) Efectes entre cedent i cessionari. És una qüestió discutida si el cedent està obligat a garantir al cessionari l'existència i la validesa del contracte cedit (art. 1528 CC). En qualsevol cas, la responsabilitat del cedent davant el cessionari pot enfocar-se no com a conseqüència d'una obligació de garantia, sinó com a conseqüència de la ineficàcia del negoci de cessió.

Tret del pacte exprés, el cedent no garanteix al cessionari el compliment del contracte pel contractant cedit.

b) Efectes entre cedit i cessionari. Com a conseqüència de la cessió, assumeixen, recíprocament, la figura de parts del contracte cedit i la totalitat dels corresponents drets i obligacions que se'n deriven.

Pel que fa a les excepcions oposables pel contractant cedit davant del cessionari, es consideren admissibles les derivades del propi contracte objecte de cessió, i inadmissibles les derivades de qualsevol altra relació entre cedent i cedit, llevat que aquest se les hagués reservat expressament en consentir la cessió.

c) Efectes entre cedit i cedent. El cedent, llevat que hi hagi manifestació en contra, queda alliberat de les obligacions procedents del contracte que se cedeix. Ara bé, aquest alliberament no té efecte retroactiu (eficàcia *ex nunc* i no *ex tunc*).

Un problema especial es planteja al voltant de les garanties del contracte originari. Com afecta la cessió a les garanties prestades en relació amb el contracte originari? La solució més adequada passa per diferenciar qui va prestar les garanties:

- si les garanties van ser prestades per un tercer, s'ha d'entendre que aquestes garanties s'extingeixen per la cessió, llevat que el garant en consenti el manteniment;
- si les garanties han estat prestades pel contractant cedent, s'ha d'entendre que subsisteixen després de la cessió, llevat que el contractant cedit admeti l'alliberament del garant.

6. La ineficàcia del contracte

6.1. Preliminar: ineficàcia i invalidesa del contracte

1) Delimitació de la ineficàcia contractual: la seva relació amb la invalidesa

Normalment, els contractes despleguen els efectes que els són típics, com han estat dissenyats per l'ordenament jurídic o les parts. De vegades, però, succeeix que els contractes per diverses circumstàncies poden no produir aquests efectes. Es parla llavors d'ineficàcia del contracte per a identificar aquestes situacions en què el contracte no desplega efectes, no desplega els efectes corresponents a la seva naturalesa o no desplega tots els efectes inicialment previstos.

Doctrinalment es discuteix si aquesta categoria de la ineficàcia és o no diferent, i, si és el cas, quins punts de contacte pot presentar amb la invalidesa del contracte. La invalidesa del contracte vol situar-se en un pla diferent del de la producció d'efectes, ja que pren en consideració si del contracte en qüestió sorgeix o no el vincle contractual: es diu, des d'aquesta perspectiva, que el contracte invàlid no vincula les parts, en negar-se la força jurídica vinculant del contracte.

Així plantejada, no sembla que la discussió sigui gaire profitosa: el vincle contractual també és un efecte del contracte, i si d'un contracte no sorgeix aquest vincle, difícilment en poden derivar altres efectes. Amb això, resulta que tot contracte invàlid és ineficàç. Ara bé, com veurem, hi ha altres causes d'ineficàcia que no es basen en la negació de l'existència del vincle jurídic contractual¹¹.

⁽¹¹⁾Clarament, l'art. 1290 CC permet la rescissió, que és un tipus d'ineficàcia, dels «contractes celebrats vàlidament».

Per tant, hem de concloure que la invalidesa implica ineficàcia del contracte, però no sempre la ineficàcia es basa en la invalidesa del contracte. La invalidesa acostuma a ser una manera de referir-se a supòsits d'ineficàcia inicial. Per tant, en el fons, del que es tracta és de determinar les diferents formes d'ineficàcia (provinguin o no d'invalidesa) que poden incidir en un contracte.

2) Supòsits d'ineficàcia contractual

Quines són les situacions que poden comportar la ineficàcia del contracte? La ineficàcia no té un tractament unitari en el Codi civil, que, a més, fa servir una terminologia no sempre gaire precisa. Per això, ha estat la doctrina la que s'ha esforçat per a perfilar aquestes situacions.

En tractar-se d'una categoria fonamentalment doctrinal, cal tenir en compte que hi pot haver diferències entre les enumeracions fetes pels diversos autors:

- La nul·litat.
- L'anul·labilitat.
- La rescissió.
- La resolució.
- La denúncia.
- El desistiment mutu.

Encara que donen lloc a la ineficàcia del contracte, podem excloure d'aquesta anàlisi els casos en què la ineficàcia depèn del joc de condicions suspensives o resolutòries, ja que els efectes es produeixen o deixen de produir-se en funció precisament del contingut negocial. Atesa la seva falta de caràcter general, la revocació de les donacions, o la seva reducció per inoficiositat, s'analitzen en matèria de donacions.

3) Classes d'ineficàcia

Un cop efectuada aquesta enumeració, convé indicar que en la doctrina, per posar en relleu les coincidències i les diferències entre cadascuna d'aquestes situacions, s'acostuma a distingir entre classes d'ineficàcia.

Es distingeix entre una ineficàcia originària i sobrevinguda, segons si la causa es dona en el moment de celebració del contracte o apareix en un moment posterior. També es diferencia entre una ineficàcia estructural, quan la causa d'ineficàcia afecta l'estructura del contracte, és a dir, els seus elements essencials, o funcional, quan la causa de la ineficàcia no rau en l'estructura, sinó en el desenvolupament del contracte. Es parla d'ineficàcia total, quan afecta la totalitat del contracte, i parcial, quan només incideix en algunes clàusules o parts del contracte, i manté la validesa de la resta (i suscita un problema d'integració contractual). La ineficàcia pot ser també absoluta o relativa; la primera és general, per la qual cosa qualsevol persona interessada pot impugnar el contracte; la segona significa que es deixa en mans de determinades persones l'eficàcia o ineficàcia del contracte. La ineficàcia pot ser automàtica o provocada, en funció que la ineficàcia operi quan concorrin determinats requisits, amb independència de la voluntat dels interessats, o, per contra, a la concurrència d'aquests requisits s'hagi d'afegir una manifestació de voluntat de qui estigui legitimat. Finalment, la ineficàcia pot ser sanable o insanable, segons si hi ha la possibilitat de propiciar l'eficàcia del contracte, o la ineficàcia sigui irreversible¹².

⁽¹²⁾Prescindim ara de l'anàlisi de la resolució del contracte, perquè ha estat analitzada en tractar l'incompliment de les relacions obligatòries sinal·lagmàtiques.

6.2. Els tipus d'ineficàcia: el tractament de la nul·litat i l'anul·labilitat en el Codi civil espanyol

1) El plantejament de la ineficàcia en el Codi civil i en la jurisprudència

No es troba en el Codi Civil una exposició de què s'ha d'entendre per nul·litat i anul·labilitat. El Codi civil, encara que ni la jurisprudència ni la doctrina majoritària hagin assumit aquest plantejament, sembla establir la distinció fonamental en dues altres categories: la inexistència i la nul·litat.

Parlem d'inexistència perquè el Codi civil, en l'art. 1261, diu que «no hi ha contracte sinó quan hi concorren» el consentiment, l'objecte i la causa. En conseqüència, si en un contracte falta un d'aquests requisits (essencials, segons la rúbrica del capítol II d'aquest títol), no hi ha contracte, és a dir, som davant d'una mera aparença de contracte (inexistència de contracte).

En canvi, quan en un contracte sí que concorren aquests requisits essencials, però pateix «d'algun dels vicis que els invaliden d'acord amb la Llei», com assenyala l'art. 1300 CC, aquest contracte pot ser anul·lat. Observem que aquesta previsió es troba en un capítol que el Codi civil dedica a la «nul·litat dels contractes» i que en aquest articulat només es parla de nul·litat i no s'esmenta l'anul·labilitat.

En conseqüència, el disseny legal s'articula d'acord amb aquestes dues categories (inexistència i nul·litat), però des de ben d'hora la jurisprudència va preferir inclinar-se per les de nul·litat i anul·labilitat, modificant el contingut de cadascuna d'elles.

Certament, el disseny legal del Codi civil presentava un problema d'importància: no hi havia cap previsió sobre el règim jurídic del contracte en el qual no concorrien els requisits essencials (els art. 1300 i seg. CC havien de referir-se als contractes en els quals sí que concorrien aquests requisits essencials, però viciats). Potser es podria pensar que aquest contracte (o aquesta mera aparença de contracte) no podia tenir cap efecte, i per això no calia preveure'n el règim jurídic. Però, la realitat demostra que fins i tot els contractes en els quals falta algun d'aquests requisits essencials poden ser executats i complerts, amb la qual cosa sí que es planteja la necessitat de determinar qui pot exercitar les accions corresponents, en quin termini i amb quins efectes.

Tot això explica que la jurisprudència busqués acomodament per a aquest règim jurídic en les regles previstes per a la nul·litat dels contractes, tot i haver de forçar la terminologia fins a un extrem en què la confusió resulta ingovernable. Els termes literals emprats pel Codi civil són de poca ajuda, perquè s'ha d'analitzar a quin tipus d'invalidesa es refereix cada supòsit de fet per a poder qualificar-los de manera adequada.

La important tasca jurisprudencial amb vista a la construcció de les categories de nul·litat i anul·labilitat ha desembocat en la decantació d'una sèrie de criteris distintius entre totes dues figures pel que fa a la legitimació (qui i contra qui es pot exercir l'acció), el termini d'exercici i els efectes de les accions. Un

Sistema dual de nul·litats

No hem de caure en la confusió de pensar que la nul·litat de la qual parla el Codi civil equival sense més ni més a la nul·litat que construeix la jurisprudència. Veurem a continuació que aquesta nul·litat del Codi civil està més a prop del que la jurisprudència anomena anul·labilitat, i que la inexistència del Codi civil s'aproxima a la nul·litat jurisprudencial.

cop qualificat el supòsit com a nul·litat o anul·labilitat, aquesta doctrina jurisprudencial s'aplica, en general, en la seva integritat, prescindint de vegades dels matisos que imposa cada supòsit concret.

Com a criteri general, si més no aproximatiu, es considera que la nul·litat és la categoria que correspon a la protecció de l'interès públic, i que, per contra, l'anul·labilitat s'acomoda millor a les situacions en què es vol tutelar un interès privat. Per això, se l'anomena també «nul·litat de protecció».

2) Les accions relatives a la ineficàcia: acció declarativa i acció restitutòria

Tant pel que fa a la nul·litat com a l'anul·labilitat es distingeixen dues accions diferents:

- **L'acció declarativa.** Mitjançant aquesta acció es busca que el tribunal declari la concurrència d'un supòsit d'invalidesa, amb la qual cosa no tindrà fonament qualsevol pretensió que exigeixi el compliment del contracte.
- **L'acció de repetició o de restitució.** Amb aquesta acció es busca que les prestacions executades (de donar, fer o no fer), amb fonament en el contracte invàlid, siguin restituïdes a qui va donar compliment a aquest contracte.

La preocupació del Codi civil, en els seus art. 1300 i seg., és fonamentalment el règim jurídic de l'acció de restitució. L'acció declarativa no té cap plasmació en el Codi civil perquè la seva construcció tècnica és d'origen posterior al Codi civil.

A la pràctica, la majoria de litigis versen sobre accions de restitució perquè, un cop totalment o parcialment complert, és quan el contracte ineficaç genera perjudici a una de les parts. Una acció merament declarativa (sense que s'hagi produït cap tipus de compliment) només té sentit com a mesura purament preventiva (per a evitar que després es pugui reclamar el compliment) o com a reacció enfront de la pretensió de compliment forçós (una part exigeix a l'altra el compliment de les seves obligacions contractuals, i la demandada al·lega que el contracte és ineficaç).

6.3. La nul·litat del contracte

1) Delimitació de la nul·litat del contracte

La nul·litat és, sens dubte, la sanció més intensa que es dissenya per l'ordenament en relació amb la ineficàcia d'un contracte. Teòricament, implica que un contracte no produeixi cap mena d'efectes, sense necessitat que aquesta ineficàcia sigui declarada per un òrgan judicial.

Els caràcters de la nul·litat del contracte són, segons exposa la doctrina i la jurisprudència, els següents:

a) Es tracta d'una ineficàcia causada per un defecte estructural del contracte, fonamentalment la manca d'algun dels seus elements essencials o la infracció de normes imperatives o de la moral i l'ordre públic.

b) Representa una absoluta manca d'efectes.

c) Té un abast *ipso iure*, sense necessitat de pronunciament judicial. La sentència que reconeix la nul·litat té caràcter declaratiu, amb una eficàcia *ex tunc*, ja que mai no ha produït efectes, i es constata una ineficàcia ja existent.

d) Pot ser apreciada d'ofici pels tribunals i pot ser al·legada tant per via d'acció com d'excepció.

No s'aplica processalment, per tant, el principi dispositiu o de justícia sol·licitada: els tribunals no poden admetre la validesa d'un contracte que contradigui l'ordenament jurídic bàsic. I, per això, l'art. 408.2 LEC estableix una regla especial per al cas en què s'al·legui la nul·litat.

De totes maneres, l'apreciació d'ofici encaixa malament en les característiques del procés civil i dona problemes de compatibilitat amb la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

e) Presenta un caràcter definitiu i imprescriptible, sense possibilitat d'esmena, ni convalidació. Sí que s'admet la «conversió» del contracte nul, que significa una qualificació diferent del contracte.

La conversió del contracte és una conseqüència del principi de bona fe (art. 1258 CC) i del principi de conservació dels contractes, i també del criteri de l'art. 1284 CC, que tracta de dotar d'efectivitat el contracte. Per a evitar la qualificació d'un contracte com a nul, interpretat i qualificat d'acord amb els criteris ordinaris, es pot procedir eventualment a una qualificació nova i diferent del supòsit, per la qual el contracte reuneixi els corresponents requisits i els efectes permetin satisfer el propòsit o finalitat pràctica dels contractants.

Per exemple, un comodat en el qual es pacta un preu per la cessió d'ús ha de ser considerat nul, però és vàlid com a contracte d'arrendament de cosa (art. 1740 i 1741 CC).

Si traslладem aquestes notes a les classes d'ineficàcia, la nul·litat es delimita com una ineficàcia estructural, absoluta, automàtica i insana, i pot ser total o parcial.

2) Les causes de nul·litat

No hi ha unanimitat doctrinal i jurisprudencial en la identificació de les causes de nul·litat, però es poden assenyalar els supòsits següents:

a) La manca de consentiment, objecte o causa (art. 1261 CC).

b) La indeterminació o il·licitud de l'objecte (art. 1271 i seg. CC).

c) La il·licitud de la causa (art. 1275 CC).

d) La falta de forma quan sigui necessària amb caràcter substancial.

e) La contravençió de norma imperativa (art. 6.3 CC) o la vulneració dels altres límits de l'autonomia privada (art. 1255 CC: moral o ordre públic).

3) Règim jurídic de l'acció de nul·litat contractual

Per a perfilar el règim jurídic de l'acció de nul·litat contractual, cal esmentar diversos extrems.

Quant a la legitimació activa (qui pot sol·licitar mitjançant demanda la nul·litat del contracte), correspon a qualsevol persona que tingui un interès legítim.

L'amplitud de la legitimació activa no vol dir que qualsevol persona pugui demanar la nul·litat: ha d'acreditar l'interès legítim, és a dir, que aquesta persona obtingui cert avantatge o eviti cert perjudici com a conseqüència de la nul·litat.

Pel que fa a la legitimació passiva (contra qui ha de dirigir-se la demanda), cal demandar tots els que han estat part en el contracte del qual es busca la nul·litat i tots els que derivin drets del contracte que s'impugna.

Quin és el termini d'exercici de l'acció? Cal recordar la distinció apuntada entre acció de declaració i de restitució. L'acció de declaració té caràcter imprescriptible: el pas del temps no pot conferir validesa al contracte que no la tenia inicialment. Ara bé, l'acció de restitució està sotmesa al termini general de prescripció de cinc anys (art. 1964.2 CC), sense que es pugui excloure la possibilitat que les coses objecte del contracte nul siguin usucapides pel transcurs dels terminis legals.

Encara que, com hem dit, el contracte nul no produeix efectes jurídics i, per tant, sembla que no seria necessari analitzar les conseqüències de la nul·litat, a la pràctica sí que és possible que, sobre la base d'un contracte nul, les parts hagin efectuat diverses prestacions. Per això, cal determinar què passa amb aquestes prestacions efectuades (pel que fa a les no efectuades, la constatació de la inexistència del vincle contractual n'evita el compliment).

4) Els efectes de la nul·litat contractual

Quant als efectes de la nul·litat, la jurisprudència aplica bàsicament les previsions dels art. 1303 i ss. CC. En conseqüència:

a) Els contractants s'han de restituir recíprocament les prestacions efectuades, amb els seus fruits i interessos (art. 1303 CC).

b) La restitució s'ha d'efectuar en principi *in natura*, mitjançant la devolució dels mateixos béns que van ser objecte del contracte. Si aquesta restitució *in natura* no és possible (per exemple, s'havien prestat serveis), s'ha de restituir l'equivalent pecuniari (art. 1307 CC).

c) L'obligació de restitució té caràcter recíproc i ha de ser complerta simultàniament (art. 1308 CC).

d) A més, el Codi civil dicta regles específiques (art. 1305 i 1306 CC) per a uns supòsits molt concrets de nul·litat: la causa inadequada, i distingeix en funció de dos factors: a) si la causa inadequada és o no constitutiva de delictes; b) si la causa inadequada és comuna als dos contractants o no.

5) La nul·litat parcial del contracte

En el pla dels efectes, cal analitzar si és admissible una nul·litat parcial del contracte. El principi de conservació del contracte condueix al fet que, en la mesura que sigui possible, la nul·litat no afecti la totalitat del contracte, sinó només algunes parts. D'acord amb aquest criteri, hauria de produir-se una nul·litat simplement parcial quan fos raonable. Però, també és defensable pensar que la voluntat de les parts és un tot i no pot mutilar-se i alterar-se, i que, per tant, no és possible sinó una nul·litat que no sigui sempre total.

La nul·litat parcial només pot acceptar-se, a falta d'admissió legal (en el Codi civil n'hi ha aplicacions: art. 1476 i 1691 CC), si és conforme amb la voluntat real o presumible de les parts. El problema que a continuació se suscita és com satisfer aquest dèficit de regulació derivat de la nul·litat parcial. Si la norma que ha determinat la nul·litat parcial no estableix una regla substitutiva, s'han d'aplicar els criteris d'integració de l'art. 1258 CC.

6) L'anomenada inexistència contractual

En alguns casos, el Tribunal Suprem ha parlat d'inexistència contractual per a referir-se als contractes que no reuneixen els requisits de l'art. 1261 CC, de manera que reservava la denominació de nul·litat de ple dret per als contractes contraris a les lleis, en el sentit de l'art. 6.3 CC. Ara bé, d'aquesta distinció terminològica no se solen extreure conseqüències jurídiques rellevants.

La inexistència no és un tipus particular d'ineficàcia, sinó una manera d'identificar alguns dels supòsits de fet de la nul·litat, caracteritzats per una simple aparença de contracte, però sense que concorrin els seus requisits estructurals.

6.4. L'anul·labilitat del contracte

1) Delimitació de l'anul·labilitat del contracte

L'anul·labilitat del contracte constitueix un tipus d'ineficàcia que es posa a disposició de certes persones per a facilitar la protecció de determinats interessos, que es consideren dignes de tutela, de manera que aquestes persones tenen la facultat de produir la ineficàcia del contracte. L'anul·labilitat constitueix un tipus d'ineficàcia que es configura per raons de protecció d'interessos individuals. No només hi ha una limitació subjectiva pel que fa a les persones legitimades per a interposar-la, sinó que també hi ha una limitació temporal pel que fa a l'exercici d'aquesta facultat d'impugnació.

En la doctrina s'ha discutit àmpliament quina qualificació mereix un contracte afectat de causa d'anul·labilitat: si l'acció s'exercita, el contracte és invàlid; si no s'exercita, el contracte és definitivament vàlid. I com ha de qualificar-se mentre el legitimat no ha interposat l'acció d'anul·lació, però disposa de termini per a interposar-la? S'han mantingut sobre això diverses tesis i, en funció de quina es prengui en compte, aquesta ineficàcia pot adscriure's a una o altra classe d'ineficàcia. La qüestió és molt dubtosa.

La regulació de l'anul·labilitat es conté, com ha assenyalat la jurisprudència, en els art. 1300 i ss. CC, tot i que la terminologia emprada en ells i altres pel Codi civil no pot ser tinguda com a precisa i rigorosa.

Els caràcters de l'anul·labilitat del contracte són, segons la majoria de la doctrina i la jurisprudència, els següents:

- a) Es tracta d'una ineficàcia causada per un defecte estructural del contracte.
- b) El contracte produeix efectes mentre no sigui anul·lat: en funció de la postura que es mantingui, la sentència que anul·li el contracte serà considerada com a constitutiva, encara que amb efectes retroactius, o com a declarativa. En tots dos casos, si la sentència anul·la el contracte, el contracte no té efectes des de la seva celebració, i no només des de la sentència.
- c) No pot ser apreciada d'ofici i cal que sigui al·legada per la part legitimada per via d'acció.
- d) El contracte anul·lable és confirmable (art. 1309 i ss. CC), de manera que esdevé definitivament vàlid.

2) Les causes d'anul·labilitat del contracte

Les causes d'anul·labilitat poden deduir-se, bàsicament, dels criteris de l'art. 1301 CC:

- a) Els defectes de capacitat: persones amb capacitat modificada judicialment i menors d'edat (art. 1263 CC).

b) Els vicis de la voluntat (art. 1265 CC¹³).

c) La manca de consentiment del cònjuge, quan calgui.

⁽¹³⁾Tot i que l'art. 1265 CC, en coherència amb el que disposen els art. 1300 i ss. CC, parla de nul·litat, és unànime la seva qualificació com un supòsit d'anul·labilitat.

La doctrina subratlla que hi ha altres casos d'anul·labilitat en el Dret espanyol, tant en l'àmbit del Codi civil com en altres lleis. Cal pensar, per exemple, en les normes sobre impugnació d'acords de la junta de propietaris en règim de propietat horitzontal (art. 18 LPH); en els contractes de crèdit al consum (art. 16 i 21 de la Llei 16/2011, de 24 de juny), o en els contractes a distància o celebrats fora d'establiment mercantil (art. 100 TRLGDCU, que es basa en un incompliment de l'empresari i que al·ludeix també a la nul·litat).

3) Règim jurídic de l'acció d'anul·labilitat contractual

El règim jurídic de l'acció d'anul·labilitat (o anul·lació) contractual es deriva també dels art. 1300 i ss. CC.

Pel que fa a la legitimació activa, en la mesura que es tracta d'un mecanisme de protecció de determinats interessos, només està legitimada la persona que és titular de l'interès concret que es vol protegir. D'acord amb l'art. 1302 CC, estan legitimats:

a) En els casos d'anul·lació per vicis del consentiment, la persona que ha patit el vici.

b) En els casos d'anul·labilitat per manca de capacitat, la persona que pateixi el defecte de capacitat, quan arribi a la plena capacitat, i fins a aquest moment els seus representants legals. L'art. 293 CC legitima el curador del pròdig i el mateix pròdig, i remet a l'art. 1301 CC.

c) En els casos d'anul·lació per falta de consentiment conjugal, el cònjuge (o els seus hereus) el consentiment del qual s'ha omès.

De l'art. 1302 CC s'extreu també una regla negativa amb vista a la legitimació activa: no poden volen l'anul·lació les altres parts del contracte.

L'art. 1302 CC es refereix als «obligats principalment o subsidiàriament» en virtut del contracte, com a legitimats per a impugnar. La concessió de legitimació per a impugnar els obligats subsidiaris planteja problemes d'identificació.

La doctrina sol identificar com a obligats subsidiaris els fiadors o garants i, amb més dubtes, els codeutors solidaris. Però, hi ha autors que ho neguen considerant que el defecte de capacitat o el vici del consentiment són excepcions purament personals i que els fiadors o els codeutors només poden oposar una excepció dilatòria, i rebutjar el pagament mentre el deutor pugui impugnar.

Des del punt de vista de la legitimació passiva, l'acció d'anul·lació s'ha de dirigir contra totes les altres persones que hagin estat part del contracte anul·lat, i contra tots els que derivin drets del contracte que s'impugna.

Pel que fa al termini d'exercici, l'art. 1301 CC estableix un termini de quatre anys. Aquest termini es predica de l'acció restitutòria, però no de l'acció declarativa que és imprescriptible.

La qüestió més discutida és si aquest termini de quatre anys és de prescripció o de caducitat. La majoria de la doctrina considera que es tracta d'un termini de caducitat (i no de prescripció).

Una qüestió diferent és la possibilitat d'al·legar, sense subjecció a termini, l'anul·labilitat del contracte quan per l'altra part se'n reclama el compliment.

Per al còmput del termini d'exercici, cal diferenciar els diversos supòsits d'anul·lació, perquè el Codi civil estableix per a cada cas un *dies a quo*:

a) En els casos d'anul·lació per intimidació o violència, el termini comença el dia en què hagués cessat el vici.

b) En els casos d'anul·lació per error, dol o falsedat de la causa, el termini comença amb la consumació del contracte, és a dir, quan s'han executat totalment les prestacions a càrrec de les dues parts. Aquesta regla ha estat matisada per la jurisprudència quan es refereix a contractes bancaris, financers o d'inversió.

c) En els casos d'anul·lació per manca de capacitat, el termini s'inicia per al menor o la persona amb capacitat modificada judicialment des que s'arriba a la majoria d'edat o es recupera la plena capacitat, respectivament. Cal tenir en compte que mentre arriba aquest moment, l'acció pot ser exercitada pels seus representants legals.

d) En els casos d'anul·lació per falta de consentiment conjugal, el termini comença des del dia de la dissolució de la societat conjugal o del matrimoni, excepte coneixement previ suficient d'aquest contracte.

4) Els efectes de l'anul·lació

Els efectes de l'anul·lació estan previstos en els art. 1303, 1304, 1307 i 1308 CC, dels quals s'extreuen les pautes següents:

a) Els contractants s'han de restituir recíprocament les prestacions efectuades, amb els seus fruits i interessos (art. 1303 CC).

b) En els casos d'anul·lació per defecte de capacitat, la persona que pateix el defecte de capacitat només està obligada a restituir en la mesura que s'hagués enriquit amb la cosa o preu rebut (art. 1304 CC).

c) La restitució s'ha d'efectuar en principi *in natura*, mitjançant la devolució dels mateixos béns que van ser objecte del contracte. Si aquesta restitució *in natura* no és possible (per exemple, s'han transmès béns a tercers als quals no es pot exigir la restitució), s'ha de restituir l'equivalent pecuniari (art. 1307 CC).

d) L'obligació de restitució té caràcter recíproc i ha de ser complerta simultàniament (art. 1308 CC).

5) La confirmació del contracte anul·lable

Una característica del contracte anul·lable, a diferència del contracte nul, rau en el fet que és susceptible de confirmació. La confirmació del contracte anul·lable es regula, amb un cert detall, en els art. 1309 i ss. CC. S'ha d'entendre per confirmació la declaració unilateral de voluntat de qui està legitimat per a l'exercici de l'acció d'anul·lació, per la qual convalida el contracte, i s'extingeix des de llavors la primera. Tot contracte anul·lable és confirmable, i només qui pot anul·lar el contracte pot confirmar-ho, ja que, com diu l'art. 1312 CC, «no necessita el concurs d'aquell dels contractants a qui no correspongués exercir l'acció de nul·litat».

Perquè sigui eficaç la confirmació, cal (art. 1310 i 1311 CC) que concorrin certs requisits:

- Contracte anul·lable.
- Coneixement de la causa d'anul·lació.
- Cessament de la causa d'anul·lació.

La confirmació es pot dur a terme de diverses maneres: expressa o tàcita, segons indica l'art. 1311 CC. Aquest precepte diu que «hi ha confirmació tàcita quan, amb coneixement de la causa de nul·litat i en haver cessat aquesta, el qui tingué dret a invocar-la fes un acte que impliqués necessàriament la voluntat de renunciar-hi».

És causa d'extinció de l'acció d'anul·lació la pèrdua dolosa o negligent de les coses objecte del contracte, imputables a qui podia exercitar l'acció (art. 1314 CC).

Quant als efectes de la confirmació, el Codi civil ofereix dues regles, una que posa l'accent en la situació del contracte, i una altra que es fixa en l'acció d'anul·lació. D'una banda, l'art. 1313 CC estableix que «la confirmació purifica el contracte dels vicis que tenia des del moment en què es va fer». I, de l'altra, l'art. 1309 CC assenyalava que «l'acció de nul·litat queda extingida des del moment en què el contracte hagi estat confirmat vàlidament». Com a conseqüència d'això, es pot afirmar que la confirmació té efectes retroactius des de la celebració del contracte.

6.5. La rescissió del contracte

1) Delimitació de la rescissió del contracte

La rescissió del contracte està prevista fonamentalment en els art. 1290 i ss. CC, i aquesta regulació presenta l'inconvenient d'unificar la disciplina de dues figures que històricament es van trobar diferenciades: d'una banda, els mecanismes de restitució en protecció de menors, incapaços i altres subjectes, i, de l'altra, els supòsits de frau de creditors. La rescissió es presenta, doncs, com un efecte, derivat de la concurrència d'una sèrie heterogènia de causes.

Nota

Té una gran rellevància, encara que el seu estudi no sigui oportú aquí, l'exercici d'accions rescissòries en cas de concurs de creditors: art. 71 a 75 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, Concursal.

La rescissió constitueix un remei jurídic tendent a la reparació d'un resultat injust o contrari a Dret (lesió o frau) que un contracte vàlid origina a determinades persones, sempre que es donin els requisits legals, mitjançant el cessament sobrevingut de la seva eficàcia. Pot configurar-se, doncs, com un supòsit d'ineficàcia funcional i provocada.

Cal plantejar-se el sentit de la rescissió del contracte en el Codi civil. La regulació de la rescissió és, a primera vista, desconcertant: com és possible que siguin ineficaços contractes que el mateix Codi civil qualifica de vàlids i en què no s'ha produït cap mena d'incompliment? Se'n pot deduir immediatament el risc que comporta l'admissió d'aquesta categoria: si s'estén en excés la possibilitat d'impugnar contractes vàlids no incomplerts, es posa en qüestió la seguretat del tràfic.

En conseqüència, la rescissió només pot operar amb caràcter excepcional (per això, l'art. 1294 CC n'estableix el caràcter subsidiari), quan concorrin en un contracte circumstàncies que, per a l'ordenament jurídic, mereixin un retret de tal calibre que aquest contracte hagi de ser expulsat del tràfic.

Com veurem a continuació, els dos grans grups de causes de rescissió que reconeix el Codi civil espanyol són la lesió i el frau de creditors. A més, es preveu la rescissió en cas de venda de coses litigioses i altres supòsits legalment reconeguts. L'enumeració de causes és summament heterogènia: si alguna cosa tenen en comú és l'existència d'un perjudici per a un contractant o per a un tercer.

2) La rescissió per lesió

La lesió significa bàsicament que el contracte produeix un desequilibri econòmic entre les parts, en perjudici d'una d'elles. El problema de conferir rellevància a la lesió contractual rau en el fet que el Codi civil, consegüent amb la seva ideologia liberal, renuncia a valorar la justícia del preu dels béns o serveis: les parts contractuals són lliures de determinar el preu que estimin oportú per a aquests béns i serveis. Tot intercanvi, lliurement pactat, es considera just. El resultat d'aquest enfocament és que, a diferència d'altres ordenaments, no és

possible en el Codi civil amb caràcter general la rescissió per lesió, és a dir, no és possible impugnar un contracte lliurement i voluntàriament celebrat, per molt perjudicial que sigui per a una de les parts.

El Codi civil només admet la rescissió per lesió quan, a més, concorrin circumstàncies que mereixen una protecció especial: quan es tracta de contractes celebrats pels tutors o els representants de l'absent, sense autorització judicial, i s'hagi produït una lesió en més de la quarta part del valor de les coses objecte del contracte. L'art. 1293 CC subratlla aquest caràcter excepcional d'aquesta rescissió, en indicar que, tret dels esmentats, cap altre contracte no s'ha de rescindir per lesió¹⁴.

(14) L'excepcionalitat d'aquesta previsió s'ha traduït en una nul·la aplicació pràctica dels casos de rescissió per lesió admesos pel Codi civil.

Cal destacar que, en cas de rescissió per lesió, el legitimat per a impugnar el contracte és el representat pels tutors o l'absent, és a dir, la persona que ha patit la lesió, i del patrimoni de la qual ha sortit el bé i al patrimoni de la qual ha de retornar si aquesta transmissió es rescindeix.

3) La rescissió per frau

El frau de creditors mereix un enfocament completament diferent. L'ordenament cerca reaccionar davant dels contractes en virtut del qual el deutor disminueix el seu patrimoni en perjudici dels seus creditors. La satisfacció del crèdit depèn de la solvència del deutor, i aquesta depèn de la consistència del seu patrimoni. El deutor pot disposar dels seus béns, però si ho fa en perjudici dels seus creditors, aquests poden, com hem vist en analitzar l'acció pauliana o revocatòria, impugnar aquests contractes o actes de disposició.

Com és evident, la rellevància de la categoria depèn de l'abast que es doni a la noció de perjudici i, entre altres factors, a l'exigència d'un determinat element subjectiu en l'actuació del deutor. La qüestió ha estat àmpliament tractada en estudiar l'acció pauliana.

La rescissió per frau equival a l'acció revocatòria o pauliana, prevista en l'art. 1111 CC. Pot qüestionar-se la necessitat d'una doble previsió normativa, sobretot quan el cost d'incloure el frau de creditors com a causa de rescissió motiva el desdibuixament de la categoria de la rescissió.

Cal destacar que, en cas de rescissió per frau, el legitimat per a impugnar el contracte és el creditor perjudicat, que no ha estat part en el contracte que es vol rescindir. En teoria, si el contracte es rescindeix per frau, la rescissió només beneficia el creditor impugnant que pot considerar que el bé no ha sortit del patrimoni del seu deutor i només el beneficia en la mesura necessària per a evitar-li el perjudici (i es manté la validesa en la resta). Ara bé, a la pràctica, els tribunals acostumen a inclinar-se per la ineficàcia de tot l'acte fraudulent, de manera que no només és ineficàç davant del creditor impugnant, sinó davant de qualsevol creditor.

4) Els caràcters de la rescissió

Els caràcters que presenta la rescissió són els següents:

- a) La rescissió afecta contractes celebrats vàlidament (art. 1290 CC).
- b) El contracte desplega la seva eficàcia mentre no sigui rescindit.
- c) La rescissió no opera automàticament, sinó que requereix que sigui instada per la part legitimada.
- d) La rescissió té caràcter subsidiari: només es pot instar quan no hi hagi altre remei (art. 1294 CC).
- e) L'acció de rescissió caduca al cap de quatre anys (art. 1299 CC).

5) Les causes de rescissió

Les causes de rescissió apareixen enunciades en l'art. 1291 CC i es poden sistematitzar de la forma següent:

a) Casos de rescissió per lesió:

- Contractes celebrats pels tutors sense autorització judicial, sempre que les persones que representin hagin sofert lesió en més de la quarta part del valor de les coses que haguessin estat objecte dels contractes.
- Contractes celebrats pels representants dels absents sense autorització judicial (art. 1296 CC), sempre que les persones que representin hagin sofert lesió en més de la quarta part del valor de les coses que haguessin estat objecte dels contractes.

En realitat, els casos de rescissió per lesió que preveu l'art. 1291 CC tenen una aplicació molt escassa: només són rescindibles els actes que el tutor pugui fer sense autorització judicial (art. 271 i 272 CC); no són rescindibles els contractes celebrats pel mateix menor o persona amb capacitat judicialment modificada, els contractes efectuats pel tutor amb autorització judicial o els realitzats pel tutor sense autorització judicial quan sigui preceptiva. El mateix passa amb els contractes realitzats pel representant de l'absent: el cas més rellevant és el de l'alienació i gravamen dels béns de l'absent, i, com que en aquest cas es requereix autorització del secretari judicial, si manca, no hi ha rescissió (art. 186 CC).

b) Casos de frau de creditors (art. 1291.3r i 1111 CC).

El Codi civil facilita l'acreditació del frau presumint que existeix quan es tracta d'alienacions gratuïtes o quan s'efectuen per una persona contra la qual s'havia pronunciat una sentència condemnatòria o s'havia expedit un manament d'embargament de béns (art. 1297 CC).

També pot considerar-se un cas de frau de creditors el previst en l'art. 1292 CC: pagaments fets per un deutor en estat d'insolvència, si el deute és encara inexigible.

c) Contractes relatius a coses litigioses, en haver sigut celebrats pel mandat sense coneixement i aprovació de les parts litigants o de l'autoritat judicial competent.

d) Altres supòsits en què es prevegi legalment.

Cal destacar que la terminologia del Codi civil és en aquest punt enormement confusa (sempre prefereix l'elegància literària a la precisió tècnica) i al llarg del Codi ens trobem davant expressions l'autèntic sentit de les quals és difícil de delimitar.

L'enumeració de les causes de rescissió previstes en el Codi civil té una conseqüència addicional, que, per a major claredat, manifesta l'art. 1293 CC, en dir que «cap contracte no s'ha de rescindir per lesió, fora dels casos esmentats en els números 1r i 2n de l'article 1291». La idea general que consagra el Codi civil posa de manifest l'exclusió de la possibilitat d'impugnar el contracte perquè el preu pactat sigui substancialment inferior al valor de la cosa o servei objecte del contracte. El criteri del Codi civil és congruent amb el seu plantejament liberal, i evita, a més, els greus inconvenients que té la determinació del valor objectiu dels béns. Les parts, en exercici de la seva autonomia privada i en el marc d'una economia de mercat (art. 38 CE), fixen lliurement el preu (art. 13 LOCM).

6) Règim jurídic de l'acció de rescissió

Quant al règim jurídic de l'acció de rescissió, hem de diferenciar diverses qüestions.

La legitimació activa depèn de quina sigui la causa de la rescissió:

a) Casos de rescissió per lesió: estan legitimats els representats pels tutors, o els absents.

b) Casos de frau de creditors: estan legitimats els creditors perjudicats pel contracte o acte fraudulent.

c) Contractes relatius a coses litigioses: estan legitimats els tercers que mantenen un plet sobre aquesta cosa.

La legitimació passiva també difereix segons els supòsits. La rescissió s'ha de dirigir contra els qui van ser part del contracte impugnat, i també contra els que derivin drets d'aquest contracte (per exemple, subadquirents). Sembla prudent demandar també el tutor o representant de l'absent, a l'efecte d'establir la seva responsabilitat d'acord amb l'art. 1295.III CC.

El termini d'exercici de l'acció de rescissió és de quatre anys (art. 1299 CC). Aquest termini és de caducitat (i no de prescripció). El Codi civil precisa des de quan es computa els quatre anys en cas de persones subjectes a tutela (des que cessa la incapacitat) i dels absents (des que se'n conegui el domicili).

7) Els efectes de la rescissió

Quant als efectes de la rescissió, els art. 1295 i 1298 CC permeten establir les regles següents:

- a) Els contractants s'han de restituir recíprocament les prestacions efectuades, amb els seus fruits i interessos (art. 1295.I CC).
- b) La restitució s'ha de fer *in natura*, mitjançant la devolució dels mateixos béns que van ser objecte del contracte. Si aquesta restitució *in natura* no és possible (per exemple, les coses estan legalment en poder de tercers de bona fe), s'han d'indemnitzar els danys i perjudicis (art. 1295.II i III, i 1298 CC).
- c) L'obligació de restitució té caràcter recíproc i ha de ser complerta simultàniament.
- d) Els tercers adquirents que hagin procedit de bona fe no són afectats per la rescissió del contracte (art. 1295.II CC).

8) La rescissió en l'ordenament català

En l'ordenament català, a més, concorren dues situacions que poden donar lloc a la rescissió del contracte, i que afecten a la compravenda i als altres contractes de caràcter oneros.

- a) D'una banda, d'acord amb l'art. 621-45.1 CCCat, sota la rúbrica «avantatge injust», aquests contractes es poden rescindir «si, en el moment de la conclusió del contracte, una de les parts depenia de l'altra o mantenia amb ella una relació especial de confiança, estava en una situació de vulnerabilitat econòmica o de necessitat imperiosa, era incapaç de preveure les conseqüències dels seus actes, manifestament ignorant o manifestament mancat d'experiència, i l'altra part que coneixia o havia de conèixer aquesta situació, es va aprofitar d'això i va obtenir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust¹⁵».

En aquests casos, «a petició de la part perjudicada, l'autoritat judicial pot adaptar el contingut del contracte a la pràctica contractual prevalent en el moment de la seva conclusió i a les exigències de la bona fe i l'honradesa dels tractes» (art. 621-47.1 CCCat).

⁽¹⁵⁾A més, si es tracta de compravenda de consum, el contracte es pot rescindir «si ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor, contrari a les exigències de la bona fe i l'honradesa de tractes» (art. 621-45.2 CCCat).

b) D'altra banda, mantenint en essència una figura de la tradició jurídica catalana, d'acord amb l'art. 621-46.1 CCCat, sota la rúbrica «lesió en més de la meitat», aquests contractes es poden rescindir «si la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de mercat de la prestació que rep és inferior a la meitat del valor de mercat de la prestació que realitza». Ara bé, l'altra part pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en l'existència d'una causa gratuïta¹⁶ (art. 621-46.2 CCCat).

⁽¹⁶⁾Quan es tracta d'opció de compra, el desequilibri ha d'existir en el moment en què es pacta l'opció (art. 621-46.3 CCCat).

En aquests casos, «es pot evitar la rescissió del contracte mitjançant el pagament en diners del valor total de la prestació, amb els interessos legals, a partir de la conclusió del contracte» (art. 621-47.2 CCCat).

c) Aquestes accions «caduquen en el termini de quatre anys a partir de la conclusió del contracte i no són renunciabls en aquell moment» (art. 621-48 CCCat).

6.6. La denúncia del contracte

1) Delimitació de la denúncia del contracte

Al·ludim a la denúncia del contracte per a identificar els supòsits en què es permet l'extinció del contracte per voluntat unilateral d'una de les parts del contracte, i sense necessitat d'al·legació de causa. Queda, doncs, en mans d'un dels contractants determinar sobrevingudament la ineficàcia *ex nunc* (des d'ara) del contracte. Si la denúncia afecta una relació plurilateral pot comportar l'extinció parcial només per al que desisteix, però no necessàriament per a la resta de membres de la relació.

Aquesta facultat de denúncia contractual no està admesa en el nostre ordenament amb caràcter general. Només s'accepta en determinades relacions contractuals, caracteritzades per la seva durada indefinida (art. 1700.4t i 1705 CC), per un predomini de la confiança entre les parts (art. 1732 CC) o per la seva gratuïtat (art. 1732 CC). En altres casos, s'admet perquè l'interès contractual de qui desisteix pot satisfer-se sense un dany excessiu per a l'altra part (art. 1594 CC), o perquè es vol protegir qui potser ha adoptat una decisió poc meditada (per exemple, en Dret del consum). O es configura com un mecanisme per a evitar les vinculacions perpètuas (art. 1583 CC). No hi ha una raó homogènia per a justificar aquesta admissió.

2) Exercici i efectes de la denúncia

Cal tenir en compte que la diversitat de situacions repercuteix en la diversitat del seu règim jurídic (preavis, indemnització, retroactivitat de la ineficàcia). Però, amb caràcter general, es pot indicar que la denúncia s'ha d'efectuar mitjançant una declaració de voluntat unilateral de caràcter receptici, que s'ha de posar en coneixement de les altres parts de la relació contractual.

Tot i que la facultat de denúncia del contracte opera *ad nutum*, sense necessitat d'al·legar causa o justificació, cal que es faci amb una antelació raonable i segons les exigències de la bona fe. Una denúncia intempestiva o de mala fe pot donar lloc a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats a l'altra part.

Té caràcter abusiu la clàusula que autoritzi l'empresari a resoldre els contractes de durada indefinida en un termini desproporcionadament breu o sense notificació prèvia amb una antelació raonable. Però, són admissibles les clàusules en què es prevegi la resolució del contracte per incompliment o per motius greus, aliens a la voluntat de les parts, que alterin les circumstàncies que van motivar la celebració del contracte (art. 85.4 TRLGDCU).

Els efectes de la denúncia del contracte no són retroactius, sinó per al futur (*ex nunc*), i la relació queda extingida des de l'instant de la notificació o de la data futura que s'hi indiqui.

3) El desistiment com a mecanisme de protecció dels consumidors

En temps recents, especialment amb la finalitat d'intensificar la protecció de consumidors i usuaris, s'acostuma a preveure la possibilitat que exerceixin l'anomenat desistiment d'un contracte ja perfeccionat.

Un intent d'oferir un règim comú per a aquesta facultat de desistiment es conté en els art. 68-79 TRLGDCU. Però, convé destacar que, en la seva configuració legal, no es predica de qualsevol contracte celebrat per consumidors, sinó només d'algunes relacions contractuals.

Segons l'art. 68.1 TRLGDCU, «és la facultat del consumidor i usuari de deixar sense efecte el contracte celebrat, notificar-ho així a l'altra part contractant en el termini establert per a l'exercici d'aquest dret, sense necessitat de justificar la seva decisió i sense penalització de cap classe». Són nul·les les clàusules que imposin al consumidor i usuari una penalització per l'exercici del seu dret de desistiment.

La facultat de desistiment no està subjecta a cap forma (art. 70 TRLGDCU) i el consumidor disposa d'un termini mínim de catorze dies naturals per al seu exercici (art. 71 TRLGDCU).

L'exercici del dret de desistiment, regulat en l'art. 74 TRLGDCU, significa que les parts s'han de restituir recíprocament les prestacions d'acord amb allò que disposen els art. 1303 i 1308 CC. El consumidor no ha de reemborsar cap quantitat per la disminució del valor del bé, que sigui conseqüència del seu ús

d'acord amb el que s'ha pactat o la seva naturalesa, o per l'ús del servei; i, en canvi, té dret al reemborsament de les despeses necessàries i útils que hagués realitzat en el bé.

A més del dret de desistiment d'origen legal, és possible un dret contractual de desistiment, previst molt simplificadament en l'art. 79 TRLGDCU: el consumidor no té en cap cas obligació d'indemnitzar pel desgast o deteriorament del bé o per l'ús del servei exclusivament per haver-lo provat per a prendre una decisió sobre la seva adquisició definitiva. I en cap cas l'empresari no pot exigir avançament de pagament o prestació de garanties, fins i tot l'acceptació d'efectes que garanteixin un eventual rescabament a favor seu en el cas que s'exerciti el dret de desistiment.

6.7. El desistiment mutu contractual

Delimitació del desistiment mutu contractual

El desistiment mutu consisteix en un acord de voluntats de les parts orientat a deixar sense efecte o concloure una relació contractual existent. A l'empara del principi d'autonomia privada, les parts acorden l'extinció de la relació (de la mateixa manera que en qualsevol moment poden modificar-ne el contingut). Atès que s'efectua de mutu acord, no es requereix la concurrència de causa o cap requisit.

El desistiment mutu pot projectar-se a qualsevol tipus de contracte.

Cal que l'acord extintiu compleixi els requisits generals de tot contracte (art. 1261 CC) i que els qui l'atorguen hi estiguin legitimats.

El dissens mutu es pot manifestar expressament o tàcitament.

L'abast de la ineficàcia depèn d'allò que hagin acordat les parts, que poden convenir l'extinció de la relació amb efectes retroactius o no, sempre deixant al marge els drets de tercers.

Resum

El contracte constitueix una manifestació del principi d'autonomia privada i se sustenta, per tant, en la llibertat contractual. Ara bé, aquest principi bàsic no pot prescindir de l'existència de situacions en les quals s'han d'establir controls externs a les parts.

L'estructura del contracte, és a dir, els seus elements, determina la possible ineficàcia del contracte. Cal tenir en compte quins requisits ha de reunir un contracte per a desplegar la seva eficàcia amb normalitat. I en els casos patològics s'han de comprendre els avantatges i els inconvenients de cada remei, ponderant-ne els pressupòsits i els efectes.

Tot i la diversitat existent a la pràctica, adquireixen rellevància les diverses fases en la formació del contracte, ja que els problemes vinculats a cadascuna d'elles presenten perfils diferents.

De la mateixa manera, en qualsevol hipòtesi és imprescindible conèixer els mecanismes disposats legalment per a dur a terme la interpretació, la qualificació i la integració del contracte.

Exercicis d'autoavaluació

Qüestions breus

1. S'apliquen les regles sobre condicions generals a un contracte de distribució de begudes en el qual l'empresa majorista imposa unes clàusules a l'empresa minorista?
2. És obligatòria la condició general que, per la mala qualitat de la fotocòpia, no pot llegir-se?
3. S'aplica el règim general de clàusules abusives als contractes entre empresaris?
4. És vàlida la donació acceptada per un menor de tres anys?
5. És vàlid el contracte celebrat per l'apoderat amb ell mateix, utilitzant un poder en el qual se'l faculta per a autocontractar, encara que es produeixi conflicte d'interessos?
6. En cas de simulació relativa, sempre és vàlid el contracte dissimulat?
7. Estant decidit a comprar un pis al centre de la ciutat, els enganys del venedor sobre l'estat de les conduccions d'aigua, signifiquen que pagui deu mil euros més. Es pot anul·lar aquest contracte?
8. És vàlida la donació d'un bé immoble realitzada en document privat?
9. És necessària per a la seva validesa que la venda d'un edifici valorat en cinc milions d'euros consti en escriptura pública?
10. Es pot impugnar un contracte en el qual l'objecte és un servei il·lícit, al cap de quaranta anys de la seva perfecció?
11. Pot ser objecte del contracte un dels pisos que s'han de construir en un determinat edifici?
12. Quins límits té la llibertat contractual en el Codi civil?
13. Un menor de disset anys subscriu un contracte de venda l'any 1989. Pot impugnar-lo, per la causa d'anul·labilitat que pateix, l'any 1998?
14. He aconseguit enganyar el veí perquè em vengui el seu apartament a la platja. Puc impugnar aquest contracte per dol?
15. Podem confirmar un contracte amb causa il·lícita?
16. Es pot exercir l'acció de rescissió quan el contracte és nul?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. Sí, la Llei de condicions generals de la contractació s'aplica també a les condicions generals entre empresaris: art. 2.1 i 3 LCGC.

2. No, perquè és il·legible (lletra b de l'art. 7 LCGC).

3. Com a regla general, no, però s'ha de tenir en compte l'art. 9 de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

4. No, perquè falta el requisit essencial del consentiment.

5. Sí, tenint en compte que el poderdant consent l'autocontracte encara que hi hagi conflicte d'interessos.

6. En principi, sí, però el contracte dissimulat ha de reunir tots els requisits que l'ordenament exigeixi per a la seva validesa.

7. No, és un cas de dol incidental, i només dona lloc a la indemnització dels danys causats (art. 1270.II CC).

8. No, perquè és un supòsit de forma constitutiva (art. 633 CC).

9. No, s'aplica el criteri general de llibertat de forma (art. 1278 CC), tot i el contingut literal de l'art. 1280 CC, que ha estat matisat per la jurisprudència.

10. Sí, ja que el contracte és nul perquè té un objecte il·lícit, i l'acció de nul·litat és imprescriptible.

11. Sí, poden ser objecte del contracte les coses futures, sempre que, a més, es determini aquest objecte (art. 1271 i 1273 CC).

12. D'acord amb l'art. 1255 CC, són les lleis, la moral i l'ordre públic.

13. No, ja que han transcorregut més de quatre anys des que va arribar a la majoria d'edat, que va ser l'any següent (art. 1301 CC).

14. No, perquè només poden impugnar el contracte per error o dol qui hagi patit el vici i no qui l'hagi causat (art. 1302 CC).

15. No, només es poden confirmar els contractes anul·lables (art. 1310 CC). Aquest contracte, en posseir una causa il·lícita, és nul.

16. No, l'acció rescissòria té caràcter subsidiari quan podem exercir una altra acció i, en aquest supòsit, és possible la nul·litat, amb la consegüent acció de restitució de la cosa lliurada.