

---

# Teoría general del contrato

---

PID\_00263362

Jesús Estruch  
Rafael Verdera

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 9 horas

---



**Jesús Estruch****Rafael Verdera**

Primera edición: febrero 2019  
© Jesús Estruch, Rafael Verdera  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Diseño: Manel Andreu  
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>12</b>
<b>1. La delimitación del contrato.....</b>	<b>13</b>
1.1. Perspectiva histórica del derecho de contratos .....	13
1.1.1. Contexto histórico del derecho contractual en el Código civil .....	13
1.1.2. Factores de transformación del derecho contractual .....	14
1.2. Las fuentes normativas del derecho de contratos .....	14
1.2.1. Codificación, descodificación y recodificación del derecho contractual .....	14
1.2.2. La internacionalización del derecho de los contratos ...	15
1.2.3. Alcance de la jurisprudencia en el derecho contractual .....	16
1.2.4. La identificación de la normativa aplicable en materia contractual .....	16
1.3. La delimitación normativa del concepto de contrato .....	17
1.3.1. Criterios del Código civil en la configuración del contrato .....	17
1.3.2. Revisión del concepto clásico de contrato .....	17
1.3.3. Facetas de la noción jurídica de contrato .....	18
1.4. La configuración de la reglamentación contractual: el principio de autonomía privada .....	18
1.4.1. La libertad contractual .....	18
1.4.2. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares .....	20
1.4.3. Derogaciones de la libertad contractual .....	21
1.5. La configuración de la reglamentación contractual: las condiciones generales de la contratación .....	22
1.5.1. Fundamento del uso de las condiciones generales de la contratación .....	22
1.5.2. El alcance del control de transparencia .....	23
1.5.3. La delimitación de las condiciones generales de la contratación .....	23
1.5.4. Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación .....	24
1.5.5. La nulidad de las condiciones generales de la contratación .....	25
1.5.6. Efectos de la no incorporación o de la nulidad de las condiciones generales .....	26

1.5.7.	Reglas de interpretación de las condiciones generales de la contratación .....	26
1.6.	La configuración de la reglamentación contractual: las cláusulas abusivas .....	27
1.6.1.	El control de las cláusulas abusivas como mecanismo de protección de los consumidores .....	27
1.6.2.	La delimitación de las cláusulas abusivas .....	27
1.6.3.	Efectos de la calificación como abusiva de una cláusula .....	29
1.7.	Las clases de contratos .....	30
<b>2.</b>	<b>Los elementos del contrato.....</b>	<b>33</b>
2.1.	Cuestiones generales .....	33
2.1.1.	Sentido de una parte general de los contratos .....	33
2.1.2.	Función del artículo 1261 CC .....	33
2.2.	La capacidad para contratar .....	34
2.2.1.	Los criterios normativos .....	34
2.2.2.	Prohibiciones legales y requisitos especiales de capacidad .....	37
2.3.	El consentimiento contractual .....	38
2.3.1.	Significados del consentimiento contractual .....	38
2.3.2.	Las formas de declaración de la voluntad .....	38
2.3.3.	La problemática de la autocontratación .....	39
2.4.	La desconexión entre la voluntad y la declaración .....	40
2.4.1.	La relación entre la voluntad y la declaración .....	40
2.5.	Los vicios en la formación del consentimiento .....	43
2.5.1.	El error como vicio del consentimiento .....	44
2.5.2.	El dolo como vicio del consentimiento .....	46
2.5.3.	La intimidación como vicio del consentimiento .....	47
2.5.4.	La violencia como vicio del consentimiento .....	48
2.6.	El objeto del contrato .....	48
2.6.1.	Los requisitos del objeto del contrato .....	49
2.7.	La causa del contrato .....	51
2.7.1.	Funciones de la causa del contrato .....	51
2.7.2.	Régimen normativo de la causa del contrato .....	52
2.8.	La forma del contrato .....	55
2.8.1.	Significados de la forma .....	55
2.8.2.	Funciones de la forma contractual .....	56
2.8.3.	Régimen jurídico de la forma del contrato en el Código civil .....	57
2.8.4.	Casos de forma <i>ad solemnitatem</i> .....	58
<b>3.</b>	<b>Formación del contrato.....</b>	<b>59</b>
3.1.	Preliminar .....	59
3.1.1.	Las fases del contrato .....	59
3.1.2.	Contratos de formación instantánea y de formación progresiva .....	59

3.2.	La fase de preparación del contrato .....	60
3.2.1.	Relevancia de la fase de preparación del contrato .....	60
3.2.2.	Deberes de las partes en la fase de preparación del contrato .....	60
3.3.	La responsabilidad precontractual .....	61
3.3.1.	La libertad de no contratar como regla general .....	61
3.3.2.	La responsabilidad por ruptura de tratos preliminares .....	61
3.4.	La oferta contractual .....	62
3.4.1.	Delimitación de la oferta contractual .....	62
3.4.2.	Requisitos de la oferta contractual .....	63
3.4.3.	La oferta al público .....	64
3.4.4.	La venta en pública subasta .....	64
3.5.	La aceptación de la oferta .....	64
3.5.1.	Delimitación de la aceptación de la oferta contractual .....	64
3.5.2.	Requisitos de la aceptación de la oferta contractual .....	65
3.5.3.	Formas de expresión de la aceptación .....	65
3.5.4.	Modificaciones en la oferta y aceptación .....	65
3.5.5.	Retirada de la aceptación .....	66
3.6.	El momento de perfección del contrato .....	66
3.6.1.	Identificación del momento de perfección del contrato .....	66
3.6.2.	Perfección simultánea y perfección sucesiva .....	66
3.6.3.	Momento de perfección de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos .....	67
3.6.4.	Momento de perfección de los contratos electrónicos .....	68
3.7.	El lugar de perfección del contrato .....	68
3.8.	El precontrato .....	69
3.8.1.	Unidad de denominación, pluralidad de supuestos .....	69
3.8.2.	Problemas básicos del precontrato .....	69
3.8.3.	Los criterios de la Ley de enjuiciamiento civil .....	70
3.9.	El derecho de opción .....	70
3.9.1.	Delimitación del derecho de opción .....	70
3.9.2.	Estructura del derecho de opción .....	71
3.9.3.	Efectos del derecho de opción .....	71
<b>4.</b>	<b>Interpretación, calificación e integración del contrato.....</b>	<b>73</b>
4.1.	La interpretación del contrato .....	73
4.1.1.	Delimitación de la interpretación del contrato .....	73
4.1.2.	Interpretación subjetiva e interpretación objetiva .....	73
4.1.3.	Principios rectores de la interpretación contractual .....	74
4.1.4.	Reglas sobre interpretación en el Código civil .....	74
4.1.5.	Condiciones generales de la contratación e interpretación .....	76
4.2.	La calificación del contrato .....	76

4.3.	La integración del contrato .....	77
4.3.1.	Delimitación de la integración del contrato .....	77
4.3.2.	Autointegración y heterointegración: el artículo 1258 CC .....	77
4.3.3.	La publicidad como criterio de integración .....	79
4.3.4.	Condiciones generales, cláusulas abusivas e integración del contrato .....	80
<b>5.</b>	<b>La eficacia del contrato.....</b>	<b>81</b>
5.1.	Preliminar .....	81
5.1.1.	La eficacia del contrato en el Código civil .....	81
5.1.2.	La necesidad de una revisión de la eficacia del contrato .....	81
5.2.	La eficacia básica del contrato: la vinculación de las partes .....	82
5.2.1.	Vinculación e irrevocabilidad contractual .....	82
5.3.	La eficacia básica del contrato: la relatividad del contrato .....	83
5.3.1.	La identificación de las partes del contrato .....	83
5.4.	La eficacia del contrato respecto a los terceros .....	83
5.4.1.	La identificación de los terceros .....	83
5.4.2.	Eficacia del contrato respecto de terceros .....	84
5.5.	El contrato en favor de tercero .....	85
5.5.1.	Delimitación del contrato en favor de tercero .....	85
5.5.2.	Relaciones derivadas del contrato en favor de tercero ...	86
5.6.	El contrato para persona que se designará .....	86
5.6.1.	Delimitación del contrato para persona que se designará .....	86
5.6.2.	Efectos del contrato para persona que se designará .....	87
5.7.	Contrato con promesa del hecho de un tercero .....	87
5.7.1.	Delimitación del contrato con promesa del hecho de un tercero .....	87
5.7.2.	Efectos de la promesa del hecho de tercero .....	88
5.8.	El contrato en daño de tercero .....	88
5.8.1.	Delimitación del contrato en daño de tercero .....	88
5.8.2.	Grupos de casos de contratos en daño de tercero .....	88
5.9.	El subcontrato .....	89
5.9.1.	Delimitación del subcontrato .....	89
5.9.2.	Efectos del subcontrato .....	90
5.10.	La cesión de contrato .....	90
5.10.1.	Delimitación de la cesión del contrato .....	90
5.10.2.	Efectos de la cesión del contrato .....	91
<b>6.</b>	<b>La ineficacia del contrato.....</b>	<b>93</b>
6.1.	Preliminar: ineficacia e invalidez del contrato .....	93
6.1.1.	Delimitación de la ineficacia contractual: su relación con la invalidez .....	93
6.1.2.	Supuestos de ineficacia contractual .....	94
6.1.3.	Clases de ineficacia .....	94

6.2.	Los tipos de ineficacia: el tratamiento de la nulidad y la anulabilidad en el Código civil español .....	95
6.2.1.	El planteamiento de la ineficacia en el Código civil y en la jurisprudencia .....	95
6.2.2.	Las acciones relativas a la ineficacia: acción declarativa y acción restitutoria .....	97
6.3.	La nulidad del contrato .....	97
6.3.1.	Delimitación de la nulidad del contrato .....	97
6.3.2.	Las causas de nulidad .....	98
6.3.3.	Régimen jurídico de la acción de nulidad contractual .....	99
6.3.4.	Los efectos de la nulidad contractual .....	99
6.3.5.	La nulidad parcial del contrato .....	100
6.3.6.	La denominada <i>inexistencia contractual</i> .....	100
6.4.	La anulabilidad del contrato .....	101
6.4.1.	Delimitación de la anulabilidad del contrato .....	101
6.4.2.	Las causas de anulabilidad del contrato .....	102
6.4.3.	Régimen jurídico de la acción de anulabilidad contractual .....	102
6.4.4.	Los efectos de la anulación .....	104
6.4.5.	La confirmación del contrato anulable .....	104
6.5.	La rescisión del contrato .....	105
6.5.1.	Delimitación de la rescisión del contrato .....	105
6.5.2.	Los caracteres de la rescisión .....	107
6.5.3.	Las causas de rescisión .....	108
6.5.4.	Régimen jurídico de la acción de rescisión .....	109
6.5.5.	Los efectos de la rescisión .....	109
6.6.	La denuncia del contrato .....	110
6.6.1.	Delimitación de la denuncia del contrato .....	110
6.6.2.	Ejercicio y efectos de la denuncia .....	110
6.6.3.	El desistimiento como mecanismo de protección de los consumidores .....	111
6.7.	El mutuo disenso contractual .....	112
	<b>Resumen</b> .....	113
	<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	115
	<b>Solucionario</b> .....	116





## Introducción

La exposición de una teoría general del contrato tiene, a primera vista, algo de paradójico. Se pone de relieve un régimen general predicable de un contrato en abstracto que nunca nos encontraremos en la realidad. En el tráfico jurídico-económico nos encontraremos con compraventas, arrendamientos o donaciones, o con un abanico de contratos atípicos. Esos son los mecanismos a través de los cuales las partes articulan sus relaciones de colaboración e intercambio. Nadie celebra un contrato sin más, pero todos compramos, alquilamos o regalamos. Nuestra vida se compone de una constelación de contratos, como consecuencia de una mayor especialización y división social del trabajo.

Aunque el Código civil dedique todo el título II de su libro IV a los contratos, debemos abandonar el fácil silogismo que nos lleva a pensar que solo es necesario conocer la regulación del Código civil para saber todo lo que resulta preciso de esta materia.

Por el contrario, quien desee comprender las claves que presiden la estructura general del contrato en la actualidad debe ser consciente de que no se puede prescindir de diversos factores. Por lo pronto, la legislación descodificada sobre contratos es muy abundante y repercute en las cuestiones generales: desde los arrendamientos urbanos o rústicos a la materia de protección de consumidores o usuarios. De igual modo, los intentos de aproximación del derecho europeo han tenido especial incidencia en las cuestiones generales de los contratos. Y, por último, una aproximación a los criterios jurisprudenciales resulta imprescindible para formarse una idea cabal de cuál es el derecho que realmente se aplica.

Conviene insistir en esta importancia de la jurisprudencia, y quizá la mejor forma de hacerlo es con un par de ejemplos.

Quien lea los artículos 1278 a 1280 CC podrá pensar que la regla general de libertad de forma del artículo 1278 CC se ve corregida por una excepción de forma constitutiva de tan amplio alcance (art. 1280 CC) que acaba por ser la regla general. Esa impresión es falsa, porque la jurisprudencia ha matizado esa solución y ha reafirmado el criterio general espiritualista. La fórmula (o, si se prefiere una expresión más gráfica, el truco) se expondrá a su debido tiempo.

Quien se limite a leer el artículo 1300 CC y siguientes puede llegar a la conclusión de que la única ineficacia que existe en nuestro ordenamiento, derivada de la invalidez del contrato, es la nulidad, y que esta surge en casos de falta de capacidad o de vicios del consentimiento. Una vez más, esa impresión

es errónea: la jurisprudencia ha construido un sistema dualista de ineficacia derivada de la invalidez (nulidad y anulabilidad) con sus respectivas causas y régimen jurídico, y ese sistema dualista es el que conviene conocer.

La estructura de este módulo es muy sencilla. Comienza con la exposición de los diversos sentidos del contrato, haciendo hincapié como es lógico en su sentido jurídico, pero incorporando breves pinceladas históricas y económicas. Se dedica una atención especial a la autonomía privada en su proyección al contrato y, lógicamente, no se puede pasar por alto el análisis de una cuestión tan importante en la actualidad como son las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas.

Los elementos del contrato son estudiados con detenimiento, analizando por separado la capacidad para contratar, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma. Es importante relacionar estos elementos con la eficacia y la ineficacia del contrato que se exponen al final del módulo.

Desde que se inician las conversaciones para llevar a cabo un contrato hasta que se perfecciona y ejecuta, pueden acontecer vicisitudes muy diversas. Se estudian al analizar la formación del contrato, prestando especial atención a cuestiones problemáticas como el momento de perfección o el precontrato.

Una vez celebrado el contrato, puede llegar a ser necesario interpretarlo, calificarlo o integrarlo. Son problemas muy frecuentes en la práctica y que condicionan el alcance de lo que las partes pueden reclamar y exigir.

Como es lógico, hay que conocer cuáles son los efectos del contrato y a quiénes afecta. Se expone la regla general, pero es preciso hacer referencia a una serie de situaciones en las que esa regla se excluye o al menos se matiza (contratos en favor de tercero, para persona que se designará, en daño de tercero, promesa del hecho de tercero, subcontrato, cesión de contrato).

Y, por último, resulta imprescindible constatar las formas de ineficacia que se plantean en nuestro ordenamiento. Son muchas y variadas, pero es importante distinguir cuándo se aplica cada una de ellas (presupuestos de ejercicio) y qué consecuencias jurídica comporta (efectos).

La gran virtud de una teoría general del contrato estriba en que permite proyectar esos diversos aspectos que hemos ido exponiendo a todos los contratos concretos con los que nos encontraremos. Con independencia de las reglas que les sean específicamente aplicables, una compraventa puede presentar problemas en la manifestación del consentimiento; una donación, plantear problema de forma; un arrendamiento, suscitar una duda acerca de la vinculación de terceros; un mandato, generar una controversia acerca de la anula-

bilidad del contrato; o un préstamo, desembocar en un incidente relativo a su interpretación. En este módulo se intentan proporcionar algunas respuestas a todos esos interrogantes.

## Objetivos

En este módulo se pretenden proporcionar los contenidos y las herramientas procedimentales básicas para alcanzar los siguientes objetivos:

- 1.** Distinguir los diversos sentidos del contrato y examinar el alcance de la autonomía privada en la contratación.
- 2.** Valorar y enjuiciar la trascendencia de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas.
- 3.** Determinar la relevancia de los elementos estructurales del contrato (capacidad para contratar, consentimiento, objeto, causa y, en su caso, forma) y su proyección en el plano de la eficacia e ineficacia contractual.
- 4.** Conocer los problemas que se plantean en las diversas fases de formación de un contrato.
- 5.** Aplicar los mecanismos de interpretación, calificación e integración del contrato.
- 6.** Diferenciar los planos de eficacia del contrato y ponderar las consecuencias de las figuras que se apartan de los esquemas básicos.
- 7.** Reconocer las principales formas de ineficacia contractual, haciendo hincapié en la identificación de sus presupuestos de aplicación y de sus consecuencias jurídicas.

# 1. La delimitación del contrato

## 1.1. Perspectiva histórica del derecho de contratos

### 1.1.1. Contexto histórico del derecho contractual en el Código civil

En un sentido histórico, es necesario ser conscientes de que, aunque en apariencia las reglas contractuales puedan no haber variado, las modificaciones de sus presupuestos económicos y sociales determinan un cambio de sistema sustancial.

Los presupuestos sobre los que asienta el derecho de contratos en el Código civil son:

1) Un sistema económico basado en la economía liberal y de mercado (*laissez faire, laissez passer*), con una especial relevancia de las decisiones individuales y de la autonomía privada como configuradoras de las relaciones jurídico-económicas.

2) Un planteamiento que propicia y refuerza el predominio burgués tanto en la economía como en la sociedad. Se considera el contrato como un instrumento adecuado para extender la prevalencia de la burguesía en el mercado de capitales y de trabajo (pensemos, por ejemplo, en la preferencia del amo sobre el criado doméstico que evidencia el artículo 1584 CC).

3) Una concepción ideológica que presupone la igualdad de las partes contratantes en el mercado. De ello deriva que el contrato se presente formalmente como un acuerdo entre iguales. Se ignoran las sustanciales desigualdades entre las partes y ni siquiera se plantea la posibilidad de introducir correcciones al desequilibrio entre las partes.

Es sabido que en el ámbito de la teoría general del contrato las reformas operadas en el Código civil español han sido de carácter secundario. Ello puede transmitir la falsa impresión de que el sistema jurídico apenas ha experimentado variaciones y que nos regimos por las mismas pautas que hace más de cien años.

### **1.1.2. Factores de transformación del derecho contractual**

Sin embargo, la realidad es bien distinta porque no se puede desconocer el impacto de determinados factores, entre los que cabe entresacar los siguientes:

- 1) La intervención pública en el mercado constituye un elemento que pretende corregir el predominio absoluto de los planteamientos liberales para dar respuesta a las transformaciones sociales.
- 2) La constatación del cambio de modelo económico y de los problemas que se derivan desde el punto de vista de la competencia de la existencia de monopolios y oligopolios.
- 3) El progreso de la técnica facilita la producción masiva y de características homogéneas.
- 4) La sociedad de consumo desemboca en una masificación y estandarización de las relaciones contractuales.
- 5) Los avances tecnológicos propician nuevas formas de contratación que exigen respuestas específicas.
- 6) La creciente importancia de la globalización e internacionalización de las relaciones económicas aconseja la superación de una visión puramente nacional del derecho de contratos.

## **1.2. Las fuentes normativas del derecho de contratos**

### **1.2.1. Codificación, descodificación y recodificación del derecho contractual**

En el siglo XIX podía afirmarse con razonable seguridad que los elementos necesarios para el completo conocimiento del derecho de la contratación se encontraban compendiados en el Código civil y en el Código de comercio.

En la actualidad, si bien el Código civil y el Código de comercio contienen los trazos básicos de ese derecho de la contratación, es imprescindible hacer referencia a otros factores.

La descodificación del derecho contractual es consecuencia de la proliferación de normativa dictada al margen de ambos códigos, en la que se ofrecen regulaciones especiales en función de diferentes factores como las **características de la relación contractual** (arrendamientos urbanos, arrendamientos rústicos,

transporte, agencia, contratación electrónica, enajenaciones con oferta de restitución de precio, etc.) o **de los sujetos que intervienen en ella** (en especial, cuando se trata de consumidores o usuarios).

Esta descodificación plantea al menos dos problemas fundamentales: la coordinación de los respectivos ámbitos de aplicación de esas normativas y la coincidencia de los principios inspiradores de la legislación descodificada con la recogida en el Código civil y el de comercio.

Conviene señalar igualmente, frente a ese fenómeno de descodificación, que la codificación mantiene algunos de sus valores: basta recordar a estos efectos la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada en 2009 por la Comisión General de Codificación, que plantea una profunda reforma del Código civil, o los intentos de codificar sectores hasta ahora descodificados, como el derecho de los consumidores (no otra cosa sino una suerte de código de derecho del consumo es el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias).

### **1.2.2. La internacionalización del derecho de los contratos**

La **internacionalización del derecho de los contratos** es consecuencia de la internacionalización de los mercados y de los intercambios.

Buena prueba de ello es que nuestros tribunales aplican las normas contenidas en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que es derecho vigente en nuestro país. Sin embargo, su transcendencia no se limita a los casos en que resulta aplicable, puesto que sus criterios sobre cuestiones sobre formación del contrato o responsabilidad por incumplimiento son utilizados como pautas inspiradoras incluso cuando no resulten estrictamente de aplicación.

Por lo demás, es cada vez más frecuente que las sentencias del Tribunal Supremo hagan referencia a principios, criterios o reglas con esa vocación de internacionalización de las soluciones. La pretensión de incorporar unos criterios comunes de derecho privado subyace a esas referencias a los principios del derecho europeo de los contratos o de la responsabilidad civil, al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) o a los principios UNIDROIT.

### 1.2.3. Alcance de la jurisprudencia en el derecho contractual

Como es obvio, la jurisprudencia ha llevado a cabo una labor de actualización y de renovación de los criterios codificados en función de los problemas concretos que se le sometían. En ocasiones, incluso la evolución jurisprudencial ha tenido que ser zigzagueante, al compás de las exigencias sociales (o, al menos, de cómo las entendía el Tribunal Supremo: pensemos, por ejemplo, en cómo ha evolucionado la jurisprudencia en relación con los adquirentes de vivienda o con los casos de doble venta). Es cierto que este peso de la jurisprudencia puede afectar a la seguridad jurídica y sus variaciones a la predictibilidad de las decisiones, pero es un coste asumible para evitar el anquilosamiento de los criterios legales, codificados o no.

Un ámbito donde el Tribunal Supremo ha actuado anticipando las soluciones legales ha sido claramente el fenómeno de la **atipicidad contractual**, en el que la jurisprudencia ha contribuido a admitir mecanismos jurídicos que, más tarde, han sido refrendados por el legislador (recordemos, por ejemplo, el caso del contrato de aparcamiento de vehículos). Queda todavía un panorama de contratos atípicos importantísimo en el que la jurisprudencia continúa desempeñando una función esencial al propiciar la renovación del derecho de la contratación.

### 1.2.4. La identificación de la normativa aplicable en materia contractual

La pluralidad normativa en relación con el contrato plantea el problema de identificación de la regulación aplicable. Este problema ya surge en un ámbito puramente civil (por ejemplo, ¿se aplica el Código civil o la Ley de arrendamientos urbanos a un determinado contrato de arrendamiento?), pero es necesario constatar que en ocasiones la selección de la norma aplicable requiere que antes se determine si ese contrato tiene carácter civil o no.

1) El problema clásico deriva de la contraposición entre una normativa civil y otra mercantil para ciertos contratos. Por lo general, el Código de comercio proporciona elementos para establecer el respectivo ámbito de aplicación, aunque debe señalarse que parte de la doctrina mercantil muestra su insatisfacción con esos criterios y propugna la calificación como mercantiles de todos los contratos de empresa.

#### Código de comercio

Por ejemplo, artículos 244 —comisión—, 303 —depósito—, 311 —préstamo—, 325 y 326 —compraventa—, 439 —afianzamiento— CCom, entre otros

2) Pero el problema surge también en otros ámbitos, donde las diferencias de régimen son más acusadas. Se debe precisar cuándo la prestación de servicios debe ser calificada como **contrato de trabajo** (el contrato de trabajo era en principio un subtipo del contrato de servicios) o cuándo los **contratos del sector público se someten al derecho privado o no** (no todo contrato del sector



público tiene carácter administrativo, sino que puede tener carácter privado). La cuestión en este punto no solo es de identificación de la normativa aplicable, sino también de la jurisdicción competente (art. 9 LOPJ).

### 1.3. La delimitación normativa del concepto de contrato

#### 1.3.1. Criterios del Código civil en la configuración del contrato

El Código civil no ofrece un concepto de contrato, sea porque no es función del legislador proporcionar definiciones, sea porque se suponía su concepto y no se consideraba necesario plasmarlo, aunque es cierto que suministra materiales suficientes para intentar reconstruir un concepto normativo de contrato. Los preceptos en los que debemos fijar nuestra atención para perfilar esa noción son los siguientes:

- **Artículo 1089 CC**, que menciona el contrato entre las fuentes de las obligaciones.
- **Artículo 1091 CC**, que establece la vinculación contractual («fuerza de ley entre las partes contratantes») y el deber de observancia de la reglamentación contractual (tradicionalmente conocido como *pacta sunt servanda*, 'los pactos han de ser observados').
- **Artículo 1254 CC**, que determina la relevancia del consentimiento común en la creación de la relación entre las partes.

Con arreglo a esos elementos, puede deducirse que el concepto de **contrato** que subyace en el planteamiento del Código civil es un concepto clásico que lo contempla como un acuerdo de voluntades de dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellas.

#### 1.3.2. Revisión del concepto clásico de contrato

Esta concepción clásica debe ser matizada por cuanto no responde de forma adecuada a una serie de objeciones:

1) **Insuficiencia del mero acuerdo de voluntades**: el propio Código civil, en su artículo 1261, desmiente la idea de la suficiencia de la mera voluntad de los interesados, pues exige otros requisitos distintos al consentimiento.

2) **Falta de identificación del contenido de la reglamentación contractual con lo acordado por las partes**: el contenido de la relación contractual no se deriva única y exclusivamente de los acuerdos entre las partes. Existen otros

elementos que se deben tener en cuenta, sea por su carácter imperativo (art. 1255 CC), sea por su función integradora (art. 1258 CC), para conocer exactamente cuál es ese contenido.

**3) Otras funciones del contrato en el ámbito obligacional:** nada impide que el contrato tenga como finalidad aspectos que no sean estrictamente la constitución de relaciones obligatorias, como puede ser la modificación de una relación ya existente o su extinción (mutuo disenso).

**4) Efectos jurídico-reales de los contratos:** siendo cierto que los contratos se mueven en el plano jurídico-obligatorio, no puede olvidarse el alcance que, conforme prevé el artículo 609 CC, pueden llegar a tener en el plano jurídico-real, al constituir, modificar o extinguir ese tipo de relaciones.

### 1.3.3. Facetas de la noción jurídica de contrato

Conviene tener en cuenta que la palabra *contrato* (al igual que sucede con la palabra *obligación*) encierra un cierto equívoco, pues con ella podemos referirnos a cuestiones diversas, aunque conexas:

- **El contrato como acto jurídico:** acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos.
- **El contrato como norma:** disciplina o reglamentación a la que las partes someten su conducta (*lex contractus*).
- **El contrato como relación jurídica:** situación en la que quedan las partes después de celebrar el contrato.

## 1.4. La configuración de la reglamentación contractual: el principio de autonomía privada

### 1.4.1. La libertad contractual

El **contrato** constituye una manifestación de la autonomía privada y de su correlato, la libertad de contratación.

Según la Constitución, la libertad contractual puede fundamentarse en el reconocimiento de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), así como en la consagración de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE).

La **libertad contractual** significa conferir al individuo la libre opción entre contratar y no contratar, con libertad también de elegir al otro contratante. Las partes pueden elegir el tipo contractual que mejor se ajuste a sus intereses, y ni siquiera están constreñidos a inclinarse por uno de los tipos legales, puesto que se admite la libre construcción de otros modelos contractuales (contratos atípicos). Del mismo modo, las partes pueden modificar libremente el contenido legal de los contratos. Ahora bien, la libertad contractual no carece de límites.

Ambos extremos (la libertad contractual y sus límites) aparecen de forma clara en el fundamental artículo 1255 CC, en virtud del cual «[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Veamos ahora con más detalle qué alcance tienen esos límites.

### **La ley como límite de la libertad contractual**

Las normas de carácter imperativo no pueden ser excluidas o derogadas por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede con las normas dispositivas. El problema que se suscita siempre es el de precisar cuándo una norma determinada reviste un carácter u otro. La doctrina niega que del Código civil se pueda extraer una regla general favorable a la dispositividad o imperatividad de las normas. Por tanto, se trata de un problema de interpretación de las normas, con todos los problemas de aplicación que ello supone.

En cualquier caso, puede aceptarse que, en principio, tienen carácter imperativo las normas que establecen prohibiciones y las que prevén la nulidad en caso de contravención.

### **La moral como límite de la libertad contractual**

Más difícil resulta precisar qué debe entenderse por moral a estos efectos. Resulta claro que no puede acogerse un significado religioso de esta, y que debe intentar reconducirse al conjunto de convicciones éticas imperantes en una determinada sociedad en cierto momento histórico. Se trata, pues, de un concepto indeterminado y de contenido variable históricamente.

El juez debe tratar de establecer cuáles son esas convicciones éticas predominantes y utilizarlas como canon para enjuiciar la admisibilidad de un determinado comportamiento. Como es obvio, el juez no puede sustituir la valoración de la opinión colectiva por la que profese de modo personal.

## El orden público como límite de la libertad contractual

Parecidas dificultades nos acechan cuando se trata de concretar qué alcance tiene esa referencia al orden público.

Claramente, el orden público no se puede identificar sin más con las normas imperativas, puesto que entonces se produciría una redundancia carente de sentido. Por ello, se sugiere la asimilación del orden público con los principios fundamentales y rectores de la comunidad.

En la actualidad, el orden público tiene una clara plasmación en los derechos y principios consagrados en la Constitución. Desde esta perspectiva, no son admisibles los pactos que vulneran la dignidad de la persona o sus derechos fundamentales.

### 1.4.2. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

Las consideraciones anteriores conducen a plantear un problema de gran calado como es la determinación de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (también conocido como *Drittwirkung der Grundrechte*).

Como es obvio, el grado de incidencia de esos derechos fundamentales no puede ser el mismo que frente a los poderes públicos. Como hemos visto, existe un fundamento constitucional de la autonomía privada. Por otra parte, no todos los derechos fundamentales exigen la misma intensidad en su proyección: especialmente relevante resulta en este punto lo relativo al **principio de igualdad** y la **prohibición de discriminación** derivada de los factores que enuncia el artículo 14 CE.

El planteamiento que predomina en la jurisprudencia constitucional es el de la **eficacia indirecta de los derechos fundamentales**, es decir, la consideración de que los derechos fundamentales solo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata, esto es, en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquellos, sobre todo a través de la acción del legislador (al regular las relaciones de derecho privado) y de los jueces (al conocer controversias entre particulares, velando porque los derechos fundamentales sean respetados en las relaciones *inter privados*).

La solución a esta cuestión no puede alcanzarse de modo absoluto: es necesario ponderar una serie de factores cuyo distinto peso, según las circunstancias, puede incidir en la solución que debe adoptarse.

#### Reflexión

¿Se puede extinguir el contrato de servicios de una abogada porque se ha quedado embarazada? ¿Se puede decidir no vender pisos en un edificio a personas de raza negra o etnia gitana? ¿Se puede contratar como modelos de lencería solo a mujeres que tengan unas determinadas proporciones físicas?

1) En el ámbito del derecho privado, la autonomía privada tiene un carácter angular.

2) Los particulares pueden ser arbitrarios (y discriminatorios) al seleccionar a sus cocontratantes y al regular sus relaciones con ellos y que no tengan por qué justificar sus decisiones.

3) No todos los derechos fundamentales plantean el problema con la misma intensidad, centrándose la cuestión sobre todo en lo tocante a la igualdad y prohibición de discriminaciones típicas.

4) No todos los actos se ven afectados del mismo modo por la eficacia de los derechos fundamentales.

5) Deben ponderarse los bienes jurídicos en conflicto considerando las circunstancias: debe valorarse si, con arreglo al principio de proporcionalidad, la limitación que afecta a un derecho fundamental (en especial, la dignidad de la persona) está justificada por la protección de otro derecho fundamental, entre los que destaca el libre desarrollo de la personalidad.

a) En relación con la libertad para contratar (esto es, la libertad de llevar a cabo el acto o de realizarlo con cierta persona), en principio debe afirmarse la prevalencia de la autonomía privada. Solo cabe una solución distinta cuando concurre un ejercicio abusivo —anticonstitucional— de un derecho (art. 7.2 CC). Hay abuso de derecho en una negativa a contratar cuando esta implica un trato vejatorio para el rechazado.

b) En la relación con la libertad para determinar el contenido del contrato, hay que valorar los bienes jurídicos en conflicto y matizar el alcance de la autonomía privada. Aunque es constitucionalmente admisible limitar los derechos propios por contrato, los derechos fundamentales están fuera del comercio y no caben renunciaciones a su titularidad.

Hay que tener en cuenta, en fin, aplicaciones de esos planteamientos: debe ser preferida la acción legislativa en la concreción del alcance de los derechos fundamentales, porque la intervención judicial puede dar lugar a decisiones heterogéneas e incompatibles con la seguridad jurídica.

### 1.4.3. Derogaciones de la libertad contractual

Como derogaciones de la libertad contractual se admiten, con carácter excepcional, los supuestos de contratos forzosos y contratos normados.

1) Los **contratos forzosos** son aquellos que limitan la libertad de las partes de contratar o no. Como consecuencia de una decisión normativa, las partes, o al menos una de ellas, se ven obligadas a celebrar un determinado tipo de contrato (por ejemplo, contratación obligatoria de un seguro para los propietarios

#### Derechos fundamentales

En el ámbito del derecho privado, los supuestos donde con mayor claridad se ha admitido que los derechos fundamentales vinculan a los particulares son las relaciones laborales y las derivadas de la existencia de una asociación.

de vehículos a motor [artículo 2 del Real decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor] o de una garantía contra ciertos daños vinculados con la edificación [artículo 19 y disp. adic. 2.<sup>a</sup> LOE]). Puede que la autoridad estatal establezca el contenido de ese contrato o puede que lo deje a la libertad de las partes.

2) Los **contratos normados** (también llamados *contratos dictados o reglamentados*) no afectan a la libertad de contratar o no. Las partes pueden decidir no contratar, pero si lo hacen, el contenido del contrato debe someterse a los criterios impuestos por una norma determinada. En el fondo, estos contratos son aquellos cuyo régimen jurídico está básica o exclusivamente compuesto por normas imperativas.

### **1.5. La configuración de la reglamentación contractual: las condiciones generales de la contratación**

#### **1.5.1. Fundamento del uso de las condiciones generales de la contratación**

La masificación y la estandarización de los sistemas de producción han conducido a que esos caracteres se proyectaran al consumo y propiciaran de forma casi inevitable que la contratación de esos bienes se articulara sobre todo mediante contratos de adhesión o condiciones generales de la contratación.

El uso de condiciones generales de la contratación ofrece indudables ventajas para la empresa:

- Reduce los costes de celebrar y regular los contratos.
- Favorece la división de tareas dentro de la organización empresarial y la coordinación entre sus miembros.
- Permite calcular de forma anticipada el coste de producción de los bienes y servicios empresariales.

No cabe duda tampoco de que las condiciones generales de la contratación comportan inconvenientes de cierta relevancia. Por un lado, la predisposición unilateral y la falta de posibilidad real de negociación generan desequilibrio en el contenido del contrato y, por otro, esa posible existencia de desequilibrio aumenta cuando el adherente es un consumidor.

Dado que no resultan aconsejables ni la prohibición general del uso de condiciones generales ni la falta de cualquier tipo de supervisión, nuestro ordenamiento se inclina, mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, por efectuar un control de incorporación de di-

chas condiciones al contrato, acompañado de la formulación de determinadas reglas de interpretación. En cambio, se renuncia a la previsión de controlar su contenido.

### 1.5.2. El alcance del control de transparencia

Además de los posibles controles de incorporación y de contenido, es preciso mencionar el denominado *control de transparencia*. Del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, se deduce, pese a no haber sido incorporado a la legislación española, que no es viable un control de contenido del objeto principal del contrato ni de la adecuación entre precio y su contraprestación en el ámbito de las condiciones generales y cláusulas predispuestas. En cambio, este control de contenido es el que, en el marco de los contratos con consumidores, permite eliminar las cláusulas abusivas como causantes de un desequilibrio, no en las contraprestaciones sino en los derechos y obligaciones de las partes. La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el respeto necesario a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado. No obstante, el mismo artículo 4.2 de la Directiva permite que las condiciones generales o cláusulas predispuestas que afecten a los elementos esenciales del contrato puedan estar sometidas a un control de transparencia al exigir que su redacción sea clara y comprensible.

### 1.5.3. La delimitación de las condiciones generales de la contratación

El artículo 1.1 LCGC nos ofrece un concepto de condiciones generales de la contratación y las define como «[l]as cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

Por lo tanto, las notas características de las condiciones generales son:

- La **predisposición unilateral**, entendida como la preparación o preelaboración de las condiciones por una de las partes.
- La **generalidad de las condiciones**, pues son redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
- La **imposición**, esto es, la inevitabilidad de su aplicación y la inexistencia de negociación individualizada, dado que son impuestas por una de las partes. Esto no significa que se fuerce el consentimiento contractual, sino que si el adherente desea contratar debe hacerlo necesariamente con ese contenido.

Todos esos elementos deben darse de forma cumulativa para que pueda hablarse de condiciones generales. En sentido negativo, son irrelevantes algunas cuestiones formales como la autoría material de las cláusulas, su apariencia externa o la extensión. Por ello, también un contrato manuscrito o muy breve puede quedar sometido al ámbito de aplicación de la Ley de condiciones generales de la contratación.

Es irrelevante que el predisponente ostente una posición de dominio en el mercado. También es irrelevante que el adherente disponga o no de alternativas razonables a la de contratar sometido a esas condiciones generales.

No deben considerarse condiciones generales de la contratación las que regulan los elementos esenciales del contrato (como precio, forma de pago o producto), por cuanto sobre esos elementos sí recae la voluntad del adherente, sin perjuicio del posible control de transparencia.

Esa enumeración de características permite poner de relieve que la existencia de condiciones generales no depende de que el adherente sea un consumidor: también se puede hablar de condiciones generales cuando el adherente sea un profesional o un empresario (art. 2.1 y 3 LCGC). Por el contrario, el predisponente siempre ha de ser un profesional o empresario que actúa en el marco de su actividad (art. 2.2 LCGC).

#### **1.5.4. Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación**

En el planteamiento legal, la **protección de los adherentes**, en caso de condiciones generales de la contratación, se produce mediante unos mecanismos que tratan de garantizar que puedan conocer el contenido de esas condiciones. Son mecanismos que pretenden determinar cuándo esas condiciones generales forman parte o no de la reglamentación contractual. Es un control de incorporación o de inclusión.

Los requisitos necesarios para que las condiciones generales se incorporen al contrato vienen establecidos por el artículo 5 LCGC, siendo necesario distinguir diversos **supuestos de inclusión o incorporación**:

**1) Requisitos de inclusión para los contratos documentados por escrito.** El adherente debe aceptar su incorporación, todos los contratantes deben firmar el contrato y el contrato debe informar de la existencia de condiciones generales. No existe aceptación del adherente si el predisponente no le informa expresamente de la existencia de esas condiciones y no se le facilita un ejemplar (art. 5.1 LCGC).

**2) Requisitos de inclusión para los contratos no documentados por escrito.** Cuando el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (por ejemplo, un tique de caja), bastará con que el predis-



ponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 LCGC). La amplitud de este último supuesto puede diluir la protección de los adherentes.

En efecto, de los criterios legales se desprende que, siendo la regla general en nuestro ordenamiento la no necesidad de que los contratos se documenten por escrito, basta con que el predisponente garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 LCGC) o que haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7.a LCGC). Concurriendo estos requisitos, las condiciones generales se incorporan al contrato con independencia de su contenido.

Un requisito general de incorporación es que las condiciones generales estén redactadas de forma transparente, clara, concreta y sencilla (art. 5.5 LCGC).

### 1.5.5. La nulidad de las condiciones generales de la contratación

Además del control de incorporación, la Ley de condiciones generales de la contratación prevé ciertos supuestos en los que las condiciones generales pueden incurrir en **nulidad**:

1) Son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley de condiciones generales o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 8.1 LCGC<sup>1</sup>).

<sup>(1)</sup>Véase también art. 6.3 CC.

2) También son nulas de pleno derecho las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC<sup>2</sup>).

<sup>(2)</sup>Véase también art. 83.1 TRLGD-CU.

### 1.5.6. Efectos de la no incorporación o de la nulidad de las condiciones generales

Una vez establecido en qué casos las condiciones generales de la contratación no se incorporan al contrato o son nulas, es preciso determinar cómo queda la reglamentación contractual, al haberse cercenado una parte de ella. Así pues, conviene exponer los efectos de la no incorporación o de la nulidad de las condiciones generales.

La solución por la que se opta es una solución moderada. La concurrencia de una condición general no incorporada o nula no supone como regla general la ineficacia de todo el contrato. Sobre la posible subsistencia del contrato sin esas condiciones no incorporadas o nulas debe pronunciarse el órgano judicial ante el que se plantee la cuestión. La ineficacia total del contrato solo se determinará si este no puede subsistir sin tales cláusulas (art. 10.1 LCGC).

Si se trata de un supuesto de ineficacia parcial, sea por no incorporación, sea por nulidad, la parte del contrato afectada se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y las disposiciones en materia de interpretación de propio Código civil (art. 10.2 LCGC).

### 1.5.7. Reglas de interpretación de las condiciones generales de la contratación

Por último, se ha de resaltar que la Ley de condiciones generales de la contratación también prevé ciertas reglas de interpretación de esas condiciones generales. Esas reglas, contenidas en el artículo 6 LCGC, son las siguientes:

- 1) Prevalencia de las condiciones particulares del contrato sobre las condiciones generales, salvo que estas sean más beneficiosas para el adherente.
- 2) Resolución en favor del adherente de las dudas en la interpretación de las condiciones generales.
- 3) Aplicación supletoria de las reglas de interpretación del Código civil (es decir, los artículos 1281 a 1289 CC).

#### Previsión legal

La previsión legal no resulta demasiado rigurosa pues combina, sin distinguir de manera adecuada su alcance, la integración y la interpretación contractual.

## 1.6. La configuración de la reglamentación contractual: las cláusulas abusivas

### 1.6.1. El control de las cláusulas abusivas como mecanismo de protección de los consumidores

Mientras que en relación con las condiciones generales de la contratación, el control diseñado por el legislador se limita a cuestiones de incorporación e interpretación, sin entrar a valorar el contenido de esas condiciones, la categoría de las cláusulas abusivas, por el contrario, se centra sobre todo en un **control del contenido** de los acuerdos contractuales.

El posible control del contenido no se proyecta a los elementos esenciales del contrato porque, como subraya Jesús Alfaro sobre los elementos esenciales del contrato, el consumidor tenía una opción alternativa razonablemente disponible a la de contratar: optar por el producto o servicio de un competidor. Por ello, los contratos celebrados conforme a cláusulas predispuestas son contratos perfectamente normales en lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato y son peculiares en lo que se refiere a las cláusulas predispuestas que se ocupan de sus elementos no esenciales.

En consecuencia, hay que someter a control del contenido las cláusulas respecto de las cuales el consumidor se ha limitado a adherirse, lo que conduce a declarar la nulidad de todas aquellas que sean desequilibradas, es decir, que sustituyan el derecho supletorio por reglas que sean perjudiciales para el consumidor y beneficiosas para el empresario pre-disponente (Jesús Alfaro).

Aunque el terreno de mayor trascendencia de las cláusulas abusivas es el de los contratos con consumidores, como veremos a continuación, conviene tener en cuenta que el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, regula un supuesto de cláusula abusiva entre empresarios.

### 1.6.2. La delimitación de las cláusulas abusivas

En los contratos con consumidores y usuarios, con carácter general, el artículo 80.1 TRLGDCU establece que las cláusulas no negociadas de manera individual deben cumplir los siguientes requisitos:

#### Extensión de la protección

Existe además una corriente jurisprudencial, todavía minoritaria, que propugna la extensión de la protección dispensada a los consumidores en cuanto al contenido de las cláusulas a otras categorías de adherentes, como los profesionales o las pymes.

- 1) «Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual».
- 2) «Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».
- 3) «Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Como puede comprobarse, este precepto conecta el carácter abusivo de las cláusulas con la buena fe y el equilibrio entre las partes, dos conceptos jurídicos genéricos e indeterminados. Por ello, la definición legal de cláusula abusiva desarrolla esos criterios: «[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (art. 82.1 TRLGDCU).

En consecuencia, la noción de **cláusula abusiva**, en relación con los consumidores, se diseña legalmente con arreglo a las siguientes notas básicas:

- 1) No debe haberse producido una negociación individual de la cláusula, lo que debe valorarse atendiendo a la fase de preparación del contrato.

El artículo 82.2 TRLGDCU añade dos precisiones al respecto. Por un lado, la negociación individual de ciertos elementos de una cláusula o de una cláusula aislada no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. Por otro, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada de manera individual asume la carga de la prueba de esa circunstancia.

- 2) El carácter abusivo puede predicarse tanto de las cláusulas como de las prácticas no consentidas de forma expresa.
- 3) La cláusula debe ser contraria a la buena fe. La buena fe debe ser entendida en sentido objetivo como un modelo de conducta contractual leal y honesta, en función del tipo de contrato.
- 4) La cláusula debe causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La doctrina suele considerar que este desequilibrio es sobre todo

jurídico, sin que la abusividad enjuicie el contenido económico del contrato (lo cual es relevante para excluir, por ejemplo, la abusividad por la adecuación entre precio y prestación).

5) La valoración de la abusividad no debe efectuarse analizando por separado cada cláusula, sino teniendo en cuenta todo el contenido del contrato, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (art. 82.3 TRLGDCU).

La fórmula general del artículo 82 TRLGDCU por sí sola ya es suficiente para llevar a cabo una ponderación del carácter abusivo de una determinada cláusula. Sin embargo, con la intención de aumentar la protección de los consumidores, se prevé lo que se denomina una «lista negra» de cláusulas que deben ser calificadas como abusivas sin necesidad de mayores valoraciones.

Aunque la pretensión legislativa es que se trate de una «lista negra» de cláusulas (el artículo 82.4 TRLGDCU dice que «en todo caso» son abusivas), en la práctica muchas incorporan criterios indeterminados («excesivamente largo o insuficientemente determinado», «desproporcionadamente breve», «antelación razonable», «desproporcionadamente alta», «obstáculos onerosos o desproporcionados», etc.) que los tribunales deberán analizar casuísticamente, reduciendo de forma sustancial el automatismo de su consideración como cláusula abusiva.

Sin que se puedan detallar ahora todos los supuestos concretos de cláusulas abusivas, podemos dejar constancia de los diversos grupos de casos (aunque la clasificación legal sea en ocasiones un tanto discutible):

- Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85 TRLGDCU).
- Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86 TRLGDCU).
- Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (art. 87 TRLGDCU).
- Cláusulas abusivas sobre garantías (art. 88 TRLGDCU).
- Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89 TRLGDCU).
- Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90 TRLGDCU).

**Cláusulas abusivas  
contenidas en la «lista  
negra»**

Hay casi cuarenta cláusulas, y en algunas de ellas se contienen varios tipos de situaciones.

### 1.6.3. Efectos de la calificación como abusiva de una cláusula

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la calificación como abusiva de una cláusula?

Según el artículo 83.1 TRLGDCU, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas.

Nos encontramos entonces ante un problema similar al expuesto en relación con las condiciones generales de la contratación no incorporadas o nulas, puesto que se hace necesario completar los aspectos carentes de regulación como consecuencia de aquella nulidad.

Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha producido una importante modificación de los criterios legales con la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Se mantiene el criterio de la nulidad de las cláusulas abusivas (y el que se tengan por no puestas) y se establece que «[e]l juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas» (art. 83 TRLGDCU).

Por tanto, ha desaparecido la facultad judicial de integrar el contrato que contenía cláusulas abusivas o de moderar su contenido. Pero la pregunta que sigue en pie es si ello excluye la posibilidad de colmar la laguna contractual mediante el recurso al derecho supletorio. La jurisprudencia comunitaria se inclina por la exclusión de la integración o de la moderación judicial, pero no rechaza, como es lógico, que la laguna contractual sea colmada con referencia al derecho supletorio (al menos, cuando esa laguna aboque a la nulidad de todo el contrato).

### 1.7. Las clases de contratos

Los contratos pueden clasificarse tomando en consideración una gran variedad de criterios distintivos. No todos los criterios revisten la misma importancia. La principal virtud de estas clasificaciones estriba en que permite establecer analogías y diferencias entre los contratos, y completar en ocasiones su régimen jurídico. Como es obvio, los criterios de clasificación no son excluyentes y de un mismo contrato pueden predicarse características distintas en función del criterio que se adopte. Aquí haremos tan solo una exposición clásica y básica de los criterios de distinción más relevantes, sin entrar en un desarrollo o matización de cada uno de ellos.

1) **Por los vínculos obligatorios que nacen del contrato.** Los contratos son **unilaterales** cuando nacen obligaciones solo a cargo de una de las partes; y son **bilaterales, o sinalagmáticos**, cuando nacen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes.

#### Ejemplos

Por ejemplo, es bilateral el contrato de servicios, y unilateral el préstamo mutuo (que solo hace nacer la obligación del prestatario de devolver la suma prestada).

2) **Por las atribuciones patrimoniales derivadas del contrato.** Los contratos son **onerosos** cuando existen atribuciones patrimoniales a cargo de ambas partes, y son **gratuitos** cuando existen atribuciones patrimoniales a cargo de una sola de las partes.

La calificación de un contrato como oneroso o gratuito afecta de forma intensa a su régimen jurídico: **reglas sobre capacidad y forma, exigencia de responsabilidad** (arts. 638, 1726 y 1752 CC), **criterios de interpretación** (art. 1289 CC), etc.

3) **Por la incertidumbre acerca de la relación de equivalencia.** Los contratos son **conmutativos** cuando la relación de equivalencia de las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra fijada de antemano de manera inmodificable, y son **aleatorios** cuando esa relación de equivalencia no se encuentra fijada previa y rígidamente: el *alea* es querido por las partes como elemento esencial de la función del contrato.

Aunque la contraposición entre negocios conmutativos y aleatorios suele presentarse por lo general como subespecie de los negocios onerosos, los contratos aleatorios también pueden ser gratuitos, como sucede, por ejemplo, con la constitución de una renta vitalicia a título gratuito (art. 1807 CC).

La relevancia de la distinción se constata no solo en el diferente grado de vinculación de las partes (por ejemplo, si el comprador debe pagar o no a pesar de que la cosecha no haya dado los frutos esperados), sino también a la posible aplicación de la rescisión por lesión o de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración sobrevinida de las circunstancias del contrato.

El artículo 1790 CC indica que:

«[p]or el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado».

Sin embargo, la expresión legal es poco afortunada y no permite distinguir de forma adecuada los contratos aleatorios de los condicionales. Más conveniente es señalar que, básicamente, en los contratos aleatorios la incertidumbre se refiere al alcance o contenido de las prestaciones por ejecutar o a su respectiva relación, mientras que en los contratos condicionales lo hace a la existencia o la eficacia del contrato en sí misma considerada.

4) **Por el modo en que se pacta su contenido.** Los contratos **por negociación** son aquellos en los que las partes discuten o se encuentran en posición de discutir el contenido del contrato; en cambio, los contratos **por adhesión** son aquellos en los que una parte realiza una preredacción unilateral previa del contrato y la otra solo puede aceptarlo o rechazarlo.

5) **Por los requisitos exigidos para su perfección.** Los contratos son **consensuales** cuando se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades; son **formales** cuando exigen para su perfección, además del acuerdo, una determinada forma especial; y son **reales**, cuando su perfección requiere la entrega de la cosa objeto del contrato además del acuerdo.

#### Ejemplos

Por ejemplo, es oneroso el contrato de obra, y gratuita la donación.

#### Ejemplos

Por ejemplo, es conmutativo el arrendamiento de cosa, y aleatorio el seguro o la renta vitalicia.

#### Contratos por adhesión

Aunque tradicionalmente el paradigma han sido los contratos por negociación, los contratos por adhesión, mediante el empleo de condiciones generales de la contratación, son el supuesto más frecuente hoy en día.

#### Ejemplos

Por ejemplo, es consensual la compraventa (art. 1450 CC); formal, la donación (arts. 632 y 633 CC), y real, el depósito (art. 1758 CC).

6) **Por el número de partes que intervienen.** Los contratos son **bilaterales** cuando intervienen dos partes (esta es la regla general, no puede existir un contrato en el que intervenga una sola parte), y son **plurilaterales** cuando en el contrato intervienen más de dos partes.

7) **Por su previsión y regulación normativa.** Los contratos son **típicos** cuando están previstos y regulados por el ordenamiento jurídico; en cambio, son **atípicos** cuando o bien el ordenamiento ni siquiera los menciona, o bien los menciona pero no los regula.

### La atipicidad

La atipicidad puede tener carácter transitorio: por ejemplo, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, introduce una regulación del contrato de mudanza (arts. 71 a 77).

En el derecho español, la atipicidad puede ser diferente en función del ámbito del que se predique: por ejemplo, el contrato de permuta de solar por obra futura es atípico en el ámbito estatal, pero típico en el derecho catalán (arts. 621-58 a 66 CCCat).

El problema fundamental que plantean los contratos atípicos es el de la determinación de su régimen jurídico.

#### Ejemplos

Los ejemplos básicos de contrato plurilateral son la sociedad (art. 1665 CC) y los contratos asociativos.

#### Ejemplos

Por ejemplo, es típica la compraventa; y atípicos, el contrato de hostelería y el *outsourcing*.



## 2. Los elementos del contrato

### 2.1. Cuestiones generales

#### 2.1.1. Sentido de una parte general de los contratos

¿Cuál es el sentido de una parte general de los contratos? En el Código civil, la existencia de una parte general sobre contratos (título II del libro IV, «De los contratos», que abarca los artículos 1254 a 1314) tiene indudables ventajas desde el punto de vista de la articulación de las reglas jurídicas. Permite establecer unas pautas comunes, aplicables en principio a todo contrato, con independencia de su carácter típico o atípico.

Y permite configurar el régimen supletorio (art. 4.3 CC) de otras regulaciones de los contratos, sean mercantiles (arts. 2 y 50 CCom) o del sector público (arts. 25.2 y 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público).

Sin embargo, no conviene olvidar tres consideraciones adicionales:

- 1) Buena parte de las reglas generales sobre obligaciones no son sino la extrapolación de reglas típicas de las obligaciones de origen contractual.
- 2) Cuestiones básicas del derecho contractual, como el incumplimiento o los remedios frente a este, se abordan en una sede inapropiada.
- 3) No siempre el Código civil muestra la coordinación adecuada entre las reglas generales contractuales y las previstas en sede de cada contrato concreto.

#### 2.1.2. Función del artículo 1261 CC

¿Cuál es la función del artículo 1261 CC? En el artículo 1261 CC se encuentran enumerados los «requisitos esenciales para la validez de los contratos» (como dice la rúbrica del capítulo II del título II del Código civil). Según esa norma «[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca».

#### Ejemplo

Por ejemplo, el contrato de compraventa del piso situado en la avenida Jacinto Benavente, núm. 15, puerta 8, de Valencia, que efectúan Andrés y Blanca por doscientos cincuenta mil euros, si concurren los requisitos legales, podrá ser rescindido (arts. 1290 y sigs. CC) o anulado (arts. 1300 y sigs. CC), sin necesidad de previsiones específicas.

El artículo 1261 CC permite superar la visión del contrato como un mero acuerdo de voluntades (puesto que, si así fuera, no serían necesarios ni el objeto ni la causa). Sin embargo, no resulta nada sencillo precisar el sentido de la exigencia de un objeto contractual, y más difícil aún es concretar la causa del contrato: comprobaremos más adelante la dificultad de deslindar de forma adecuada la calificación de determinados supuestos. La aparente sencillez del artículo en cuestión se difumina cuando debe calificarse una determinada patología de la estructura del contrato.

La enumeración que efectúa el artículo 1261 CC tiene carácter general: no se menciona como esencial la verificación de una determinada forma porque, como regla, la forma no afecta a la validez del contrato. Como veremos, la exigencia de una forma determinada como requisito para la validez del contrato tiene carácter excepcional.

Por último, conviene resaltar que la materia relativa al consentimiento se suele desdoblar, para una exposición más clara, en dos cuestiones diversas: por un lado, la **capacidad para prestar consentimiento** (equivalente a la capacidad para contratar, a pesar de alguna discrepancia doctrinal); y por otro, la **efectiva prestación de dicho consentimiento**. Este es el planteamiento que seguiremos aquí.

## 2.2. La capacidad para contratar

### 2.2.1. Los criterios normativos

En la medida en que el contrato constituye una manifestación de la autonomía privada, la capacidad para contratar se presenta como un presupuesto de validez y de eficacia del contrato. Sin embargo, a pesar de su importancia, carece de una regulación adecuada en el Código civil.

Conforme al artículo 1263 CC, «[n]o pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

Al establecer en sentido negativo quienes no pueden contratar, se puede deducir implícitamente quienes sí pueden hacerlo con carácter general: los mayores de edad (o menores emancipados) que no tengan modificada por vía judicial su capacidad. Así formulada, la capacidad para contratar coincide con la capacidad general de obrar.

#### Fraude de acreedores

Por ejemplo, los contratos celebrados en fraude de acreedores han sido caracterizados como patológicos, entre otros, desde el punto de vista del consentimiento, del objeto o de la causa. Los criterios jurisprudenciales son confusos porque en buena medida los planteamientos de los interesados no ofrecen la suficiente claridad.

Es importante resaltar que quienes tienen su capacidad modificada judicialmente no son solo los incapacitados, sino también los pródigos (y los concursados).

### La capacidad contractual del menor

Por lo que se refiere a la capacidad contractual del menor, es conveniente comprender los problemas que subyacen a esta materia. Las cuestiones tradicionales han sido dos:

- 1) ¿Qué sucede cuando un menor que no tiene la capacidad legalmente exigida celebra un contrato? ¿Ese contrato es válido o inválido? Y, si es inválido, ¿cuál es el tipo de invalidez?
- 2) ¿Hasta dónde alcanza la representación legal de los padres (por tomar en consideración el caso más frecuente) en cuanto a los contratos de los hijos? ¿Pueden los padres celebrar cualesquiera contratos en nombre de sus hijos? La jurisprudencia había ofrecido diversos criterios para abordar esas cuestiones.

Conforme al régimen legal, es necesario distinguir en función de si está emancipado o no.

**Si el menor está emancipado**, el artículo 1263.1.º CC lo considera apto para prestar el consentimiento contractual, pero no pueden olvidarse las limitaciones que establece el artículo 323 CC, por lo que para «tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor» se requiere el consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, el de su curador. La falta de esos consentimientos complementarios determina la anulabilidad del contrato. En el resto de los supuestos, el contrato del menor emancipado es plenamente válido y eficaz.

**Si el menor no está emancipado**, en principio, el artículo 1263.1.º CC le niega la capacidad para prestar consentimiento contractual, pero en la medida en que el menor no emancipado no es una persona total y absolutamente incapaz, sino con capacidad de obrar limitada, esta conclusión resultaba excesiva y ha dado lugar a la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La regla general sigue siendo la exclusión de la posibilidad de que el menor no emancipado preste consentimiento contractual. Aunque el menor no emancipado está sometido a representación legal y ello merma sus posibilidades reales de actuación en el tráfico, es necesario recordar que el artículo 2.II de la Ley

orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que «[l]as limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

La actual redacción permite que el menor preste consentimiento contractual en aquellos contratos que las leyes le permita realizar por sí mismo o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. Por tanto, se consagra la interpretación jurisprudencial y doctrinal que abogaba por una lectura actualizada de la capacidad contractual del menor.

El artículo 1263.1.º CC establece dos ámbitos en los que el menor no emancipado puede prestar consentimiento contractual:

**1) Contratos que las leyes le permita realizar por sí mismo o con asistencia de su representante.** Esta previsión entronca con la actual redacción del artículo 162.II.1.º CC, que excluye de la representación legal de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia». Debemos tener en cuenta que el artículo 1263.1.º CC se refiere (al igual que el artículo 162.II.1.º CC) a una intervención de los padres no representativa: si representan al hijo, no cabe hablar de actuación del menor por sí mismo.

**2) Contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.** Sin embargo, la solución consagrada por el artículo 1263.1.º CC no excluirá los problemas interpretativos. Observemos la concurrencia de un buen número de cláusulas generales o indeterminadas a la hora de precisar si el contrato realizado por el menor no emancipado será válido o no: «bienes y servicios de la vida corriente», «propios de su edad» o «usos sociales».

Sin embargo, el contrato del menor será nulo no por un problema de capacidad para contratar, sino de falta de consentimiento si el menor, por su falta de edad, no pudo prestar su consentimiento de manera efectiva (por ejemplo, donación de un bien por parte de un menor de tres años).

### **La capacidad contractual de quienes tienen modificada judicialmente su capacidad**

Hay que distinguir en este punto tres situaciones distintas: los incapacitados, los pródigos y los concursados, puesto que de todos ellos puede predicarse la existencia de una resolución judicial que afecta a su capacidad de obrar.

En cuanto a la **capacidad contractual del incapacitado**, debe atenderse al contenido de la sentencia de incapacitación (como ya se deducía del artículo 760.1 LEC) para determinar qué actos puede realizar y el régimen de guarda y

protección al que se ve sometido. Los contratos incluidos en el ámbito de la incapacitación deben reputarse anulables, por aplicación de los criterios de los artículos 1300 y siguientes. Solo cabe sostener su nulidad no por un defecto en la capacidad de contratar, sino por falta absoluta de consentimiento cuando el incapacitado carezca por completo de facultades (por ejemplo, venta a precio irrisorio efectuada por una persona con las facultades cognitivas e intelectivas afectadas por completo).

El Código civil no solventa el régimen de los contratos celebrados por incapaces que no hayan sido incapacitados. Con arreglo al esquema del Código civil, en esas personas concurre capacidad para contratar, pero la doctrina admite la impugnación de tales contratos: se discute, sin embargo, si son nulos por falta absoluta de consentimiento o simplemente anulables, como sucede con los contratos de los incapacitados afectados por la incapacitación.

En cuanto a la **capacidad contractual de los pródigos**, debemos destacar que en su actual redacción sí se aplica a los pródigos el artículo 1263.2.º CC, dado que su capacidad ha sido modificada judicialmente. El pródigo está sometido a curatela (art. 286.3º CC). La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (art. 760.3 LEC), y este es también el criterio que consagra ahora el artículo 1263.2.º CC. La falta de consentimiento del curador determina la anulabilidad del acto (art. 293 CC).

En cuanto a la **capacidad contractual del concursado**, el auto de declaración del concurso contendrá, entre otros pronunciamientos, los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales (art. 21.1.2º LC). Aunque la modificación de las facultades del concursado no se produce mediante sentencia, como indica el actual artículo 1263.2.º CC, no hay especial inconveniente en aplicar el mismo criterio: la capacidad contractual del concursado dependerá del contenido de la decisión judicial.

### 2.2.2. Prohibiciones legales y requisitos especiales de capacidad

En cuanto a las prohibiciones legales y los requisitos especiales de capacidad, el artículo 1264 CC establece que «[l]o previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer».

De este modo, matiza el alcance de la capacidad general contractual en dos casos: las prohibiciones legales de contratar y los requisitos especiales de capacidad contractual.

Las **prohibiciones legales de contratar**<sup>3</sup> identifican aquellos supuestos en que una norma impide a determinadas personas celebrar ciertos contratos, por lo que son doblemente relativas. Se formulan para proteger intereses que se

<sup>(3)</sup>Se pueden ver ejemplos de esas prohibiciones en los artículos 1459 y 1677 CC.

consideran dignos de especial tutela, por lo que se articulan mediante normas imperativas. Al configurarse como limitaciones de la libertad de contratar, las prohibiciones legales son de aplicación restrictiva, sin que quepa su aplicación analógica.

Los **requisitos especiales de capacidad contractual** identifican aquellos supuestos en determinados contratos que exigen la concurrencia de criterios especiales de capacidad. Debemos tener en cuenta que estas reglas especiales pueden ser más exigentes o más flexibles.

#### Ejemplo

Por ejemplo, para ser donatario basta con no estar especialmente incapacitado por la ley para ello (art. 625 CC).

## 2.3. El consentimiento contractual

### 2.3.1. Significados del consentimiento contractual

Debemos analizar en primer lugar los significados del consentimiento contractual. Bajo la denominación del **consentimiento contractual** se engloban fenómenos distintos que merecen ser tratados por separado:

- 1) La voluntad interna individual de cada uno de los contratantes.
- 2) La declaración emitida por cada uno de los contratantes y que permite conocer su voluntad.
- 3) La voluntad o intención común de los dos contratantes. Si no existe esa zona de coincidencia, hay disenso y no contrato.

Sin ese consentimiento común (que el artículo 1254 CC identifica con un consentimiento en obligarse), no existe el contrato.

### 2.3.2. Las formas de declaración de la voluntad

Como es obvio, no basta con la pura voluntad interna de los contratantes, es necesario que esa voluntad trascienda al exterior. La voluntad contractual puede manifestarse a través de diversas formas de declaración.

La voluntad se manifiesta de **forma expresa** cuando se declara con los medios idóneos, según la experiencia común, para hacerla llegar: signos orales, escritos, o incluso gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado (por ejemplo, levantar la mano en la subasta o retirar objetos en un autoser-vicio).

Una declaración de voluntad es **tácita** cuando se deduce de un comportamiento que sin estar dirigido necesariamente a expresar tal voluntad, la presupone mediante hechos concluyentes (*facta concludentia*).

La relevancia del **silencio** como declaración de voluntad se mueve entre dos tesis extremas: la que considera que el silencio entraña siempre aceptación y la que considera que el silencio nunca supone manifestación de voluntad. Como es obvio, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por una solución intermedia según la cual el silencio supone manifestación de voluntad cuando dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente y usual de proceder y la buena fe implican el deber de hablar. Ello implica la necesidad de ponderar diversos factores como la existencia o no de relaciones entre las partes, los usos generales del tráfico y los usos particulares entre las partes.

En aquellos casos en que el oferente manifiesta que, de no recibir contestación, se entenderá aceptada la oferta, la regla es que el destinatario no tiene el deber de declarar: la falta de respuesta no significa aceptación. Este criterio aparece recogido en diversos textos (art. 18.1 CV, artículo 41.2 LOCM y artículo 101.1 TRLGDCU).

### 2.3.3. La problemática de la autocontratación

Sabemos ya que en todo contrato deben concurrir al menos dos partes (entendidas como una persona o varias o un conjunto de personas que polarizan o agrupan diferentes intereses jurídicos). Como es evidente, cada parte expresa su propio consentimiento contractual. El problema que se plantea con la denominada *autocontratación* es determinar si es admisible que esos consentimientos contractuales (tantos como partes) sean emitidos por una misma persona, actuando en su caso como representante de otra parte o de otras.

No existe en el Código civil una regulación general del autocontrato, sino solo alusiones esporádicas a esa figura (arts. 163.II.2.º y 221.2.º, y 1459.1.º, 2.º y 3.º CC, y 257 CCom; el artículo 622-25 CCCat contiene un enfoque más general). Superada una etapa en la que, por razones fundamentalmente dogmáticas, se negaba la validez del autocontrato (porque no concurría la duplicidad de consentimientos propia del contrato), el criterio actual no consiste en un rechazo absoluto ni en una admisión general de la figura.

#### Autocontratación

Es posible que una persona actúe en su propio nombre y como representante de otra, o que actúe como representante de una y como representante de otra.

La validez o la invalidez del autocontrato depende de la existencia de un conflicto de intereses entre el representante y quienes son representados por este.

Ello exige diferenciar varias situaciones:

1) Si no hay conflicto de intereses (por ejemplo, la operación se realiza a precio de mercado o por un precio superior al de mercado favorable al representado), el autocontrato es válido.

Igualmente, el autocontrato es válido si el representado (como ocurre a menudo en los poderes notariales) ha admitido de forma expresa la posibilidad de que el representante, en su actuación, incurra en autocontratación.

2) Por el contrario, si hay conflicto de intereses, el autocontrato debe ser considerado inválido. Sin embargo, se discute cuál es el tipo de invalidez que incide en el autocontrato, pareciendo razonable distinguir en función del tipo de representación con la que actúa el representante: si es un **representante legal** (por ejemplo, el padre respecto de su hijo), concurre nulidad; en cambio, si es un **representante voluntario** (por ejemplo, el agente inmobiliario al que se autoriza a vender un piso y lo compra para sí a un precio inferior al de mercado), concurre anulabilidad, porque el representado siempre puede ratificar la actuación del representante (art. 1259.II CC).

## **2.4. La desconexión entre la voluntad y la declaración**

### **2.4.1. La relación entre la voluntad y la declaración**

En la mayoría de los supuestos, la voluntad interna es exteriorizada mediante la declaración, y existe plena coincidencia entre esa voluntad (lo que se quiere) y esa declaración (lo que se declara, exterioriza o manifiesta).

Sin embargo, puede acontecer que, por diversos motivos, no se dé esa coincidencia entre la voluntad interna y la declaración. En tales hipótesis se plantea un delicado problema: ¿a qué se debe dar preferencia? ¿A lo que realmente quiere la persona (**voluntad interna**), o a lo que se exterioriza y puede ser percibido por otras personas (**declaración**)? Ante esta situación, cabe optar por la preferencia absoluta de la voluntad interna, o por la preferencia absoluta de la declaración, pero, como tantas otras veces, la solución razonable es más matizada.

En la medida en que el contrato es una manifestación de la autonomía privada, como regla básica, nadie debe quedar vinculado si su voluntad no es esa. Ello nos conduce, en línea de principio, a la primacía de la voluntad interna.



Ahora bien, este criterio debe modalizarse en atención a dos datos adicionales: por un lado, el comportamiento del declarante y la responsabilidad que le compete en la divergencia entre su voluntad y su declaración, y por otro lado, la buena fe y la confianza suscitada en quienes han sido destinatarios de esa declaración.

Aunque son diversos los supuestos de desconexión entre la voluntad y la declaración que pueden suscitarse, el Código civil no ofrece una regulación general de ellos, siendo cuestionable que todos deban reconducirse sin más a la falta de consentimiento del artículo 1261.1.º CC.

### **Declaración *iocandi causa* o *docendi causa***

En la **declaración *iocandi causa* o *docendi causa***, el declarante emite de forma voluntaria su declaración, pero lo hace sin una seria voluntad de obligarse y sobre la base de que esta falta de seriedad será reconocida por el destinatario de la declaración.

Como criterio básico, la voluntad así declarada carece de efectos, aunque se cuestiona esa solución si el destinatario no percibe esa falta de seriedad.

#### **Declaración *iocandi causa* o *docendi causa***

Se trata de los supuestos de los casos planteados en las aulas universitarias como ejemplos, o las situaciones manifiestamente jocosas.

### **Reserva mental**

En la **reserva mental**, el declarante emite una voluntad que internamente o bien no quiere, o bien quiere con unos efectos restringidos: su voluntad real es restringir o anular la eficacia de lo declarado. Como criterio básico se entiende que, por aplicación de los principios de buena fe y confianza, la voluntad declarada sí tiene plenos efectos. Solo se exceptúa el caso en que la otra parte conoce la reserva.

### **Error obstativo**

En el denominado *error obstativo*, el declarante emite una declaración diferente a la querida como consecuencia de un error padecido en el proceso de exteriorización de la voluntad. A diferencia de la reserva mental, la desconexión entre voluntad y declaración no está causada de manera consciente.

#### **Error obstativo**

Por ejemplo, en la parte final de un formulario informatizado, una parte clica por error en la casilla «Acepto» cuando en realidad quería clicar en la de «No acepto».

Como criterio fundamental, la voluntad así declarada no produce efectos, aunque se discute si esa ineficacia responde a los esquemas de la nulidad (por falta de consentimiento [artículo 1261.1.º CC]) o de la anulabilidad (por analogía con el error como vicio del consentimiento).

## Simulación

Con gran diferencia, el supuesto más importante de desconexión entre la voluntad y la declaración es el de la **simulación**. Se trata de una divergencia entre la declaración externa de las partes y lo que estas quieren y se declaran internamente. A diferencia de la reserva mental, la divergencia tiene carácter bilateral.

### Simulación

La simulación también puede ser enfocada como un problema causal, al expresar una causa falsa y, en su caso, ocultar otra verdadera (art. 1275 CC).

La simulación se compone de los siguientes elementos:

- Una intención o voluntad real disimulada (el contrato disimulado).
- Una declaración o exteriorización aparente o simulada (el contrato simulado o aparente).
- Un acuerdo simulatorio entre las partes.

Ante un hipotético contrato simulado, se pueden plantear dos órdenes de cuestiones: ¿cómo propiciar la ineficacia de la declaración aparente o simulada? ¿Qué valor debe atribuirse a la declaración disimulada?

En función de la intención de las partes, pueden distinguirse dos tipos básicos de simulación:

1) La **simulación absoluta** supone la creación de la apariencia de un contrato cuando, en verdad, las partes no querían ningún negocio. El contrato celebrado es pura fachada, una mera ficción.

2) La **simulación relativa** implica la realización aparente de un contrato, a pesar de que las partes quieran en realidad otro distinto y lo lleven a cabo. En esta hipótesis, se plantea el problema de determinar si ese otro contrato (el disimulado) es válido o no.

### Simulación relativa

Por ejemplo, una persona quiere donar un valioso cuadro a otra, pero por motivos fiscales, acuerdan aparentar que la transmisión se efectúa mediante compraventa.

Los efectos de la acción de simulación difieren en función del tipo de simulación. En caso de simulación absoluta, el contrato simulado carece de efectos. En caso de simulación relativa, el contrato simulado carece de efectos y despliega sus efectos el contrato disimulado (si reúne los requisitos legalmente necesarios).

En el supuesto más frecuente de simulación relativa (donación disimulada de inmueble mediante compraventa simulada en escritura pública), el Tribunal Supremo mantiene ahora que la compraventa carece de efectos por ser simulada, pero que la donación es también nula porque el artículo 633 CC exige para la validez de la donación de inmueble una escritura pública de donación, no siendo suficiente a estos efectos la escritura pública de compraventa.

La acción de simulación no afecta a terceros de buena fe, esto es, a quienes desconociendo la simulación adquieren alguna posición jurídica confiados en la apariencia del acto simulado.

La sentencia que declara la invalidez tiene carácter declarativo, y no constitutivo. Los efectos de la invalidez se remiten al momento de la celebración del contrato (ineficacia *ex tunc*, o retroactiva).

## 2.5. Los vicios en la formación del consentimiento

La relevancia de la voluntad para la existencia del contrato debería llevar a que cualquier elemento que afectara a su formación libre y espontánea supusiera la impugnabilidad del contrato. Desde esta perspectiva, cualquier irregularidad en la formación de la voluntad de los contratantes debería conducir a su invalidez.

Ahora bien, esa concepción resulta absolutamente destructiva de la seguridad del tráfico: nadie se atrevería a celebrar contratos si supiera que su vinculación queda en manos de cualquier irregularidad, por liviana que fuese, en la formación de la voluntad de la otra parte.

Por ello, el ordenamiento no propugna la salvaguarda a ultranza de los procesos de formación de la voluntad, sino que, por el contrario, selecciona y tipifica una serie de supuestos a los que conferir, según ciertos requisitos, eficacia invalidatoria de los contratos. Conviene resaltar que entre esos requisitos no se encuentra la causación de un daño a quien sufre el vicio: el daño no es un presupuesto necesario para la impugnación, aunque puede ser un indicio de la concurrencia de un vicio de la voluntad y puede dar lugar a su indemnización. Ahora bien, no hace falta penetrar en la idiosincrasia contractual para comprender que, si bien el daño o la lesión no es un requisito para anular un contrato, un contratante solo impugnará en la práctica aquellos contratos que le resulten insatisfactorios económicamente (en los que haya realizado una mala operación, de forma originaria o sobrevenida) o en los que exista un cierto riesgo de insolvencia de la contraparte. La anulación no constituye un mecanismo de expulsión automática del tráfico jurídico de ciertos contratos, sino un instrumento que se confiere a alguna de las partes del contrato y que solo activará cuando convenga a sus intereses.

Así pues, la conclusión resulta muy clara: no todo defecto en la formación de la voluntad determina la ineficacia del contrato.

Por un lado, el legislador selecciona una serie de supuestos (error, violencia, intimidación y dolo [artículo 1265 CC]); pero por otro, exige la concurrencia de ciertos requisitos para que esos supuestos sean invalidatorios. En el fondo,

el planteamiento legislativo es muy sensato y demuestra la conveniencia de tomar en consideración diversos factores: la importancia del defecto en la decisión de contratar, el comportamiento de quien sufre el vicio y el comportamiento de quien no lo padece.

Como regla general, la concurrencia de un vicio del consentimiento determina la posibilidad de impugnar el contrato con arreglo a los criterios previstos en el artículo 1300 CC y siguientes. Además, si la concurrencia del vicio ha ocasionado un daño (art. 1270.II CC), la víctima puede exigir una indemnización que no puede ser contractual (no existe un contrato válido) y que, por ocasionarse en la fase de formación del contrato, se reconduce a la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*. Por último, no es descartable que concurren los elementos propios de diversos tipos penales.

En los últimos años la doctrina de los vicios del consentimiento ha experimentado una inusitada relevancia como consecuencia de la masiva difusión por parte de las entidades crediticias de diversos productos financieros, de complejos y en ocasiones oscuros perfiles a clientes minoristas, como *swaps*, bonos estructurados, notas estructuradas, valores convertibles en acciones, participaciones preferentes, deuda subordinada, cédulas hipotecarias, etc. Las características de estos contratos, teniendo en cuenta el interés de los clientes de declararlos ineficaces y recuperar su dinero, han abocado a que la tendencia mayoritaria de los tribunales haya sido el recurso al error como vicio del consentimiento.

### 2.5.1. El error como vicio del consentimiento

El **error como vicio de la voluntad** consiste en una representación mental falsa o inexacta de la realidad, fáctica o jurídica, que afecta al proceso de formación de la voluntad interna y que opera como presupuesto para la realización del contrato.

Así, se trata de un problema de falta de información o de información defectuosa, y se debe delimitar cuál de las partes del contrato debe asumir el riesgo derivado de ese error.

El error puede ser de hecho o de derecho. Es **de hecho** cuando recae sobre circunstancias de hecho del contrato (por ejemplo, sobre la superficie real de una dehesa). Es **de derecho** cuando constituye ignorancia o falso conocimiento de la norma o regla jurídica en cuanto a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a contratar como consecuencia de aquella ignorancia o falso conocimiento (por ejemplo, se compra una parcela pensando que es edificable, cuando resulta que está calificada como zona verde por el planeamiento urbanístico).

Para que el error pueda invalidar el contrato se requiere que concurran ciertos caracteres:

- **Esencialidad:** el error debe haber determinado la voluntad del contratante que lo sufre (art. 1266 CC).
- **Excusabilidad:** el contratante que sufre el error se ha comportado con diligencia. Si el contratante incurre en error por su propia negligencia, el error es inexcusable.
- **Recognoscibilidad:** el error ha de poder ser reconocido por la otra parte contratante usando una diligencia normal. Se exige en quien no sufre el error una actuación digna de tutela en el desenvolvimiento del contrato.

El error puede proyectarse a diversos aspectos del contrato y su alcance difiere en cada supuesto.

El **error sobre el negocio** (por ejemplo, una parte cree estar vendiendo un ciclomotor y la otra cree que se lo está regalando) supone la inexistencia del contrato, puesto que no existe coincidencia de voluntades, sino disenso (art. 1262 CC).

El **error sobre los motivos** (por ejemplo, se compra una determinada vivienda creyendo que es posible unirla a otra, cuando las características arquitectónicas lo hacen imposible) es irrelevante, salvo que sea determinante del contrato y conocido por la otra parte.

El **error sobre el objeto** permite impugnar el contrato si recae «sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» (art. 1266.I CC). Nada dice el Código civil sobre el error acerca del valor de mercado de la cosa, que debe ser reputado irrelevante por inexcusable.

El **error sobre la persona** es, en principio, irrelevante y «sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo» (art. 1266.II CC). Como es evidente, esta posibilidad se da cuando el contrato se hubiera celebrado teniendo en cuenta «la calidad y circunstancias de la persona del deudor» (art. 1161 CC) o «por razón de sus cualidades personales» (art. 1595.I CC).

El **error de cuenta** es irrelevante y solo da lugar a su corrección (art. 1266.III CC).

#### Exigencia de la recognoscibilidad

La exigencia de este requisito con carácter autónomo es discutida por algunos autores, que niegan que deba concurrir, con lo que bastarían la esencialidad y la excusabilidad.

#### Supuestos especiales

Para supuestos especiales, se prevén requisitos adicionales: por ejemplo, «no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado» (art. 1817.II CC).

### 2.5.2. El dolo como vicio del consentimiento

El **dolo como vicio del consentimiento** se identifica con aquella conducta de un contratante que, mediante engaño, induce al otro a contratar.

En consecuencia, la actuación de un contratante produce un error en el otro que lo determina a contratar. Aunque ello puede hacer pensar que la figura del dolo es innecesaria (porque se conecta con la causación de un error), la posible impugnación del contrato por dolo no exige que concurren los requisitos que jurisprudencialmente se predicen del error, sin olvidar que el dolo pone el acento en la conducta de uno de los contratantes y no solo en el resultado de esa conducta, con lo que tiene sentido su previsión como vicio distinto.

El dolo consiste, según el artículo 1269 CC, en la utilización por parte de un contratante de «palabras o maquinaciones insidiosas» que inducen al otro contratante a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado. Además, el artículo 1270 CC exige que el dolo sea grave y no sea recíproco, e indica que el dolo incidental solo obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados.

A partir de estos preceptos pueden perfilarse las características del dolo como vicio de la voluntad:

- 1) El dolo puede consistir tanto en una conducta activa como pasiva (**dolo por omisión o reticencia dolosa**). Aunque el artículo 1269 CC habla de «palabras o maquinaciones», la jurisprudencia admite la relevancia de la reticencia dolosa.
- 2) El dolo debe revestir **carácter esencial**: a esta idea responde la necesidad de que el contratante sea inducido como consecuencia del dolo a celebrar el contrato (art. 1269 CC) y la exigencia de la gravedad del dolo (art. 1270.I CC).
- 3) Se requiere **ánimo de engañar** (carácter insidioso de las palabras o maquinaciones), pero no es necesario que concorra también ánimo de causar daño.
- 4) Ese carácter insidioso de las palabras o maquinaciones supone también que sea irrelevante el llamado *dolus bonus*, esto es, la exagerada ponderación o la alabanza de las cualidades de una cosa o servicio. Por lo tanto, solo el denominado *dolus malus* permite impugnar el contrato.
- 5) El dolo debe haber sido empleado por un contratante. El dolo del tercero es irrelevante, aunque no excluya la anulación por error y la responsabilidad del tercero.

6) El dolo recíproco se compensa y carece de relevancia (art. 1270.I CC): ambas partes deben actuar conforme a la buena fe.

7) El dolo incidental (el que recae sobre circunstancias secundarias o elementos no determinantes del contrato) no permite anular el contrato y solo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios (art. 1270.II CC).

Conviene tener presente que la jurisprudencia ha admitido, en un caso de dolo esencial, que el perjudicado pueda ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, sin reclamar acumulativamente la anulación del contrato.

#### Voluntad de los contratantes

El problema de delimitar cuándo el dolo induce a contratar y cuándo es incidental debe resolverse mediante los criterios de interpretación de la voluntad de los contratantes.

### 2.5.3. La intimidación como vicio del consentimiento

La intimidación como vicio del consentimiento aparece regulada, junto a la violencia, en los artículos 1267 y 1268 CC.

La **intimidación** consiste en inspirar «a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes».

Con arreglo al planteamiento legal, para que exista intimidación es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

1) **Una amenaza relevante, que deriva de la referencia al anuncio de un «mal inminente y grave».** La gravedad debe medirse en relación con la idoneidad del mal para influir en el ánimo del sujeto. La inminencia significa un juicio sobre la mayor o menor proximidad del mal que se espera y sobre la mayor o menor posibilidad de evitarlo. Las personas enumeradas en el artículo 1267.II CC (cónyuge, descendientes o ascendientes) suponen una enumeración demasiado estrecha (pareja de hecho, amigos íntimos, etc.): debería tenerse en cuenta la influencia en la voluntad del contratante.

¿Debe ser una amenaza de carácter antijurídico? ¿Qué sucede si se amenaza con el ejercicio de acciones judiciales y se consigue así la celebración de un contrato? En principio, la amenaza debe ser hecha contra derecho: no concurre en el ejercicio, correcto y no abusivo, de un derecho. Pero según la jurisprudencia, existe amenaza si se quiere conseguir más de lo que concede el propio derecho o se consigue una ventaja adicional.

La amenaza no tiene por qué proceder del otro contratante, ya que, según el artículo 1268 CC, puede proceder de un tercero (y, en su caso, cabrá reclamar contra el tercero por los daños causados). La intimidación afecta al contrato con independencia de quien la haya causado.

Ahora bien, el Código civil no resuelve el supuesto del llamado «miedo o terror ambiental» que si históricamente se planteó en situaciones bélicas o prebélicas, ahora puede darse en lugares controlados por mafias o grupos terroristas.

**2) Un temor racional y fundado, que sea objetivamente capaz de afectar al sujeto y a la formación de su voluntad.** No todas las personas reaccionan igual frente a las mismas amenazas y, por ello, el artículo 1267.III CC requiere que se pondere en función de la edad y la condición de la persona.

Es irrelevante a los efectos de impugnación el temor reverencial, esto es, el «temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto» (art. 1267.IV CC).

#### **2.5.4. La violencia como vicio del consentimiento**

La violencia como vicio del consentimiento aparece expuesta, junto a la intimidación, en los artículos 1267 y 1268 CC. Dados los términos que emplea para describir la violencia el artículo 1267 CC, y teniendo en cuenta la previsión de la intimidación, siempre se ha discutido acerca de cuál era el verdadero alcance de esa referencia a la violencia en el proceso de formación del contrato.

Ciertamente, la literalidad del artículo 1267.I CC parece pensar en un declarante que se comporta como una especie de autómatas, carente de voluntad y sometido por completo a quien emplea sobre él una fuerza bruta y material, de carácter irresistible. El carácter irresistible de la fuerza debe ser valorado en función de las circunstancias del caso concreto.

#### **Carácter irresistible de la fuerza**

Por ejemplo, una persona toma la mano de otra y le hace firmar un documento.

Pero en cualquier caso, el régimen que diseña el Código civil en los artículos 1300 y siguientes, en los que se refiere a la violencia de manera explícita, aproxima esa situación a los vicios del consentimiento.

Al igual que sucede con la intimidación, la violencia no tiene por qué proceder del otro contratante, ya que, según el artículo 1268 CC, puede proceder de un tercero.

#### **2.6. El objeto del contrato**

El Código civil no proporciona demasiada claridad para delimitar de forma adecuada qué debe entenderse por objeto del contrato.

Hemos de tener en cuenta que los artículos 1271 a 1273 CC no definen el objeto del contrato, sino que solo establecen sus requisitos: así pues, existe un criterio de libertad siempre que se cumplan esos requisitos. Por ello, puede ser objeto del contrato cualquier bien susceptible de valoración económica que corresponda al intento de los contratantes: las cosas u objetos corporales,



las energías naturales, las creaciones del ingenio, las situaciones de poder o de deber de las personas, el comportamiento de las personas, el dinero, las *universitates rerum*, los títulos valores, etc.

### 2.6.1. Los requisitos del objeto del contrato

Los requisitos que deben concurrir en el objeto del contrato, conforme a los artículos 1271 a 1273 CC, son: posibilidad, licitud y determinación.

En esos preceptos los requisitos aparecen configurados más bien en sentido negativo (qué casos no pueden ser objeto del contrato), antes que precisando los caracteres que sí deben reunir.

#### La posibilidad como requisito del objeto del contrato

La **posibilidad o existencia** suele exponerse en un sentido negativo: no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (art. 1272 CC). La doctrina distingue diferentes clases de imposibilidad, puesto que no todas tienen la misma incidencia:

- según exista o no en el momento de celebración del contrato (**originaria** o **sobrevenida**),
- según afecte o no a la totalidad del objeto (**total** o **parcial**),
- según afecte o no a todas las personas (**absoluta** o **relativa**),
- según afecte a los aspectos materiales o jurídicos del objeto (**material** o **jurídica** —no siendo fácil distinguir esta última de la ilicitud del objeto—),  
y
- según su duración (**duradera** o **transitoria**).

El artículo 1272 CC, al establecer que «[n]o podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles», se está refiriendo a una imposibilidad originaria, total y duradera. En tal caso, el contrato es nulo de pleno derecho.

El artículo 1271.I CC admite con rotundidad que puedan ser objeto del contrato las cosas futuras. Solo el artículo 1271.II CC recoge una regla restrictiva en relación con la herencia futura (criterio restrictivo que no comparten los derechos civiles autonómicos). El artículo 635 CC también limita el alcance de la donación respecto de bienes futuros (entendiendo por tales aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación).

La posibilidad no excluye la existencia futura del objeto contractual. En relación con la cosa, el carácter futuro se refiere a toda cosa inexistente en el momento de celebrar el contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos. En relación con los servicios, debe repararse en que todos los servicios son, por sus propias características, futuros (el Código civil ni siquiera se preocupa de explicitar que se admiten como objeto del contrato los servicios futuros).

### **La licitud como requisito del objeto del contrato**

La **licitud** presenta perfiles diferentes según se predique de las cosas o de los servicios.

En cuanto a los **servicios**, el artículo 1271.III CC requiere que «no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres» (lo cual se aproxima en buena medida a lo previsto con carácter general por el artículo 1255 CC como límite de la autonomía privada).

En cuanto a las **cosas**, la licitud se concreta en que no sean *extra commercium*. ¿Qué bienes están fuera del comercio de los hombres, como subraya el artículo 1271.I CC? Pueden citarse los siguientes: los bienes de dominio público (art. 334 CC); las cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito de apropiación del individuo (art. 333 CC, «a contrario»), y los bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares (por ejemplo, por implicar renunciaciones a derechos fundamentales).

### **La determinación como requisito del objeto del contrato**

Por último, el Código civil exige que el objeto del contrato cumpla el requisito de la **determinación**. La exigencia de certeza en el objeto también se encuentra en el artículo 1261 CC. La falta de certeza sobre el objeto impide que pueda saberse sobre qué versa el acuerdo entre las partes (art. 1262.I CC).

#### **Determinación**

Por ejemplo, Alfredo cede a Baltasar un solar a cambio de tres pisos en el edificio de diez plantas que se construirá en ese solar. Baltasar pretende entregar a Alfredo los tres pisos más pequeños de todo el edificio (inferiores en más de un cincuenta por ciento al siguiente piso en tamaño). ¿Estaba adecuadamente determinada la obligación de Baltasar?

La regla básica es el artículo 1273 CC, conforme al cual «[e]l objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

La finalidad básica de la norma no es exigir la total determinación del objeto, sino establecer el grado de determinabilidad admisible. Y el límite básico que se establece es la no necesidad de nuevo acuerdo entre las partes.

Por aplicación del artículo 1256 CC (y de los artículos 1449 y 1690.II CC), la fijación del objeto debido, su calidad o su cantidad no puede quedar en manos de uno de los contratantes, pero nada impide que se deje al criterio de un tercero (arts. 1447 y 1690.I CC).

## 2.7. La causa del contrato

Es probable que la causa sea una de las cuestiones más oscuras de todo el derecho de la contratación. El Código civil la utiliza en tantos y tan diferentes ámbitos que se hace extraordinariamente difícil precisar su sentido.

### Pluralidad de enfoques

En el artículo 1261.3.º CC se habla, al enumerar los requisitos del contrato, de «[c]ausa de la obligación que se establezca», pero luego los artículos 1274 a 1277 CC se refieren a la «causa de los contratos». En otro plano, el artículo 1901 CC menciona una «causa justa» que permite no restituir una prestación, y el artículo 10.9.III CC se refiere a un enriquecimiento producido «sin causa».

Esta pluralidad de enfoques ha llevado a la doctrina a intentar distinguir cada uno de ellos y se habla de una causa de la obligación, una causa del contrato y una causa de la atribución patrimonial.

### 2.7.1. Funciones de la causa del contrato

La jurisprudencia identifica la causa con la función económico-social del contrato en cuanto coincide con la voluntad concreta de las partes y con los fines que persiguen. Pero lo que importa es conocer qué funciones se atribuyen al concepto de causa en nuestro ordenamiento, es decir, para resolver qué tipo de problemas puede recurrirse a ese elemento. Desde esta perspectiva, el **requisito de la causa** cobra relevancia en los siguientes ámbitos:

- 1) Para facilitar la identificación de los tipos contractuales y, en particular, valorar la admisión de contratos atípicos. De este modo, permite calificar el contrato y determinar su régimen jurídico.
- 2) Para permitir un control judicial de los contratos, que ponga de relieve la transcendencia como supuesto de ineficacia de la frustración de los motivos individuales y la relevancia de esos motivos ilícitos o inmorales en la validez del contrato.

Estas dos son indudablemente las funciones más importantes que desempeña la causa contractual en nuestro ordenamiento. Así, la causa se configura como un instrumento para el control de los contratos que permite, especialmente, valorar los contratos atípicos y ponderar determinados motivos que han llevado a las partes a la celebración del contrato.

### 2.7.2. Régimen normativo de la causa del contrato

El régimen normativo de la causa en el Código civil se ve afectado por la desdichada redacción del artículo 1274 CC. Según este precepto «[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

Pero esta norma utiliza criterios que son incongruentes: mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo, en los gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la mera liberalidad. Además, esa distinción entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia es falsa y arbitraria, pues ambos son solo subtipos del género donación (art. 622 CC). El criterio del artículo 1274 CC para los contratos onerosos solo sirve para los que sean sinalagmáticos y conmutativos. Existen, en fin, numerosos supuestos cuya causa no encaja en el ámbito del artículo 1274 CC: los contratos de cooperación o división, el convenio arbitral, etc.

De los artículos 1275 y 1276 CC, se puede deducir que los requisitos de la causa son la existencia, la veracidad y la licitud.

#### La existencia como requisito de la causa del contrato

Más que un requisito, la **existencia** es un presupuesto previo y necesario. En cuanto a la **existencia de la causa**, puede afirmarse que carecen de causa aquellos contratos cuyo propósito no justifica la protección que se pretende del ordenamiento, o esta no responde al tipo contractual propuesto. En los contratos típicos, esto sucede cuando falta uno de sus elementos estructurales esenciales. En los contratos atípicos dependerá del tipo de contrato: cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones (contratos onerosos), cuando no medie ánimo de liberalidad (contratos gratuitos) o cuando no haya servicio que remunerar (contratos remuneratorios).

La falta de causa determina la nulidad radical del contrato: «[l]os contratos sin causa [...] no producen efecto alguno» (art. 1275 CC).

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que, conforme al artículo 1277 CC, «[a]unque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario».

## La veracidad como requisito de la causa del contrato

La **veracidad de la causa** es un requisito más difícil de concretar. La veracidad significa que la causa expresada corresponde a la realidad, que no es falsa.

En el artículo 1276 CC se habla de falsedad en la causa, pero también en el artículo 1301 CC. Ello suscita el problema de si el Código civil emplea el mismo concepto de falsedad de la causa en ambos preceptos.

## La licitud como requisito de la causa del contrato

La licitud de la causa aparece perfilada en el artículo 1275 CC: «[e]s ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

Y este mismo precepto establece que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, es decir, son nulos de pleno derecho.

¿Cuándo puede decirse que una causa es ilícita? Una causa debe ser considerada ilícita cuando la finalidad perseguida por las partes es contraria a las concepciones morales imperantes, cuando resulta contraria al orden público económico o cuando pretende un fraude de ley o de acreedores.

### Ejemplo

Por ejemplo, donación efectuada al juez para que sentencie a favor del donante.

Probablemente la ilicitud de la causa sea el aspecto que se plantea ante los tribunales con más frecuencia. La jurisprudencia acostumbra a considerar que concurre causa ilícita en el contrato en daño de tercero e incluso en el contrato en fraude de acreedores (lo que ocasiona problemas de concurrencia con la acción pauliana).

### Ilícitud

No es fácil diferenciar la ilicitud de la causa de la ilicitud del objeto, aunque en la práctica la cuestión es intrascendente, ya que su régimen jurídico es el mismo: artículo 1305 CC.

La transcendencia de la causa en la validez de los contratos exige analizar tres supuestos distintos: los negocios abstractos, los negocios fiduciarios y los negocios indirectos.

### 1) Los negocios abstractos

Los **negocios abstractos** son aquellos cuya causa carece de relevancia y que producen sus efectos desvinculados de la causa. Por el contrario, los **negocios causales** son aquellos en los que la existencia y la licitud de la causa operan como un presupuesto de su validez y eficacia.

En derecho español, rige un principio causalista (arts. 1261.1.º, 1262.I y 1275 CC), con carácter imperativo. El artículo 1277 CC no justifica la admisión de los contratos abstractos, pues constituye una abstracción meramente procesal (que distribuye la carga de la prueba).

La exigencia de causa (y el rechazo del negocio abstracto) cobra una especial relevancia en lo que se refiere al reconocimiento de deuda, esto es, aquella declaración en la que se reconoce la existencia de una obligación previa a cargo del emisor y en la que se suelen indicar las condiciones para su cumplimiento.

## 2) Los negocios fiduciarios

Los **negocios fiduciarios** consisten, según indica la jurisprudencia, en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado *fiduciante*, realiza a favor de otro, llamado *fiduciario*, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista (STS de 5 de marzo de 2001).

Como resalta la jurisprudencia, cuando no envuelve fraude de ley, el negocio fiduciario es válido y eficaz.

Es necesario diferenciar dos tipos de negocio fiduciario:

a) La **fiducia cum amico**<sup>4</sup> desempeña una finalidad de depósito, comodato o mandato, y da lugar a una situación fiduciaria en beneficio del fiduciante.

Por ejemplo, Alfonso, que vive en un pequeño pueblo, acaba de obtener un importante premio de la lotería, con el que compra un enorme cortijo. Para evitar las habladurías de los vecinos, de acuerdo con su compañero de estudios, Calixto, pone el cortijo a nombre de este, con el pacto de que Calixto se lo restituirá cuando Alfonso se lo solicite.

b) En cambio, la **fiducia cum creditore**<sup>5</sup> desempeña una finalidad de garantía y da lugar a una situación fiduciaria en beneficio del fiduciario.

Por ejemplo, Diana, que ha contraído numerosas deudas y tiene problemas de liquidez, decide solicitar un crédito a Elena. Elena se muestra dispuesta a concedérselo, pero le exige que le venda una valiosa finca de naranjos por un precio equivalente al crédito. Acuerdan que cuando Diana le devuelva el crédito (más los intereses), Elena le restituirá la propiedad de la finca.

La transmisión fiduciaria genera una situación peculiar. El bien se atribuye formalmente al fiduciario, aunque el fiduciante ostente ciertos derechos sobre ese bien. El problema práctico estriba en determinar qué sucede si el fiduciante o el fiduciario transmiten ese bien a terceros, o qué posibilidades de embargo de ese bien tienen los acreedores del fiduciante o del fiduciario.

Los **efectos de la transmisión fiduciaria** pueden esquematizarse del siguiente modo:

a) El fiduciario puede retener la cosa mientras no se alcance la finalidad pactada, pero no puede usucapirla.

### Ejemplo

Por ejemplo, Alejandro firma un documento en el que manifiesta que, como consecuencia de unos préstamos no documentados, debe diez mil euros a Blanca y se compromete a abonarlos antes del día 31 de diciembre.

<sup>(4)</sup>Hoy en día conocida como *fiducia-gestión*.

<sup>(5)</sup>Hoy en día conocida como *fiducia-garantía*.

b) Solo si el fiduciario transmite la cosa a título oneroso y se adquiere de buena fe, estarán protegidos los terceros.

c) Cumplida la finalidad pactada, el fiduciante tiene acción (real o personal, según las diversas teorías) frente al fiduciario para obtener la restitución.

d) Frente a los acreedores del fiduciario, el fiduciante sigue siendo el dueño: podrá levantar el embargo del bien mediante la tercería de dominio.

e) Frente a los acreedores del fiduciante, el fiduciario no puede hacer valer, en caso de embargo, ni la tercería de mejor derecho ni la de dominio.

### 3) Los negocios indirectos

Los **negocios indirectos** son aquellos en los que las partes intentan conseguir un resultado característico de un tipo contractual por un medio, válido y querido por las partes, pero distinto del que el ordenamiento predispone para obtener aquel resultado.

#### Negocios indirecto

Por ejemplo, en lugar de efectuar la donación de una valiosa joya, esta se vende por el precio de un euro (venta por precio irrisorio).

Además de los aspectos fiscales, el problema práctico es básicamente la calificación del contrato, esto es, identificar la normativa que se debe aplicar al contrato indirecto: ¿la del contrato utilizado? ¿O la del contrato que se debía haber utilizado? ¿O una combinación de ambas? En cualquier caso, la validez del contrato indirecto depende de que no se vulnere la prohibición del fraude de ley (art. 6.4 CC).

## 2.8. La forma del contrato

### 2.8.1. Significados de la forma

Se puede hablar de la forma en relación con los contratos en dos sentidos distintos:

1) En un sentido amplio, la forma equivale a exteriorizar la voluntad, esto es, el tránsito de la voluntad interna a la declaración. Desde esta perspectiva, todo contrato tiene una forma, por lo que no permite establecer diferencias entre los diversos contratos.

2) En sentido estricto, en cambio, forma equivale al medio concreto y determinado que el ordenamiento jurídico o la voluntad de los particulares exige para la exteriorización de la voluntad: por tanto, se trata de un plus añadido a

la propia exteriorización de la voluntad que solo se predica de determinados contratos. Este será el sentido al que dedicaremos nuestra atención a partir de ahora.

La **forma** en sentido estricto puede consistir en una pluralidad de fórmulas (por ejemplo, documento público, documento privado, escritura pública, entrega de la cosa, pago del precio, etc.) y puede desarrollar una serie de efectos (puede incidir, por ejemplo, en la validez, en la eficacia, en la oponibilidad o en la prueba del contrato). Conviene tener en cuenta que no existe una correlación predeterminada a la fuerza entre los diversos tipos de fórmula y los efectos que se le asignan.

#### Ejemplo

Por ejemplo, se debe rechazar que solo la exigencia de escritura pública afecte a la validez del contrato. La escritura pública puede desplegar otros efectos menores. Y la validez puede hacerse depender de fórmulas distintas a la escritura pública.

### 2.8.2. Funciones de la forma contractual

¿Cuáles son las razones por las que el ordenamiento exige una determinada forma en relación con un contrato? La pregunta nos aproxima a las funciones de la forma contractual, que son las diversas justificaciones que pueden impulsar a prever esa exigencia y que dan lugar a que se pueda hablar, en general, de una transcendencia *ad utilitatem* de la forma contractual:

- Claridad en las circunstancias o el contenido de un contrato.
- Garantía de la prueba de que existe el contrato y de que se ha superado la fase de tratos preliminares.
- Tutela de las partes, protegiéndolas contra acciones precipitadas y decisiones poco meditadas.
- Evitación de posibles nulidades negociales al intervenir técnicos (por ejemplo, el notario en la escritura pública).
- Facilitación de la publicidad del contrato haciendo que sea reconocible por los terceros.

Como hemos señalado, a la forma se pueden vincular diversos efectos. No existe en la doctrina y en la jurisprudencia unanimidad acerca de cuál es el abanico de posibles efectos. Tradicionalmente se hablaba solo de una forma *ad solemnitatem* y una forma *ad probationem*, pero con posterioridad se han introducido categorías intermedias:

1) La **forma *ad solemnitatem*** se exige como requisito esencial para la validez del contrato: sin esa forma, no hay contrato (por ejemplo, artículo 633 CC).



2) La **forma como requisito de eficacia** supone que el contrato ya existe de manera válida, aunque las partes solo pueden reclamar el cumplimiento o la ejecución del contrato cuando este se ha formalizado (este parece ser el sentido originario del artículo 1279 CC).

3) La **forma como requisito de oponibilidad** implica que para que el contrato produzca efectos frente a terceros (para que les sea oponible) debe revestir cierta forma (por ejemplo, artículo 1865 CC).

4) La **forma *ad probationem*** se requiere como medio de prueba, sin que afecte a su validez o eficacia. El contrato existe y es válido sin esa forma, pero solo se puede demostrar con la forma *ad probationem* (esta perspectiva probatoria puede verse, por ejemplo, en el artículo 51.I CCom).

5) La **forma con función informativa**. En ciertos casos, se exige que el contrato se documente, por lo general por escrito, para que una de las partes conozca ciertos derechos legales de los que es titular, el alcance de las obligaciones asumidas o las características y utilidad de la prestación. Este aspecto es especialmente visible en el derecho del consumo.

### 2.8.3. Régimen jurídico de la forma del contrato en el Código civil

Ese abanico de posibilidades obliga a analizar cuál es el planteamiento normativo del Código civil sobre la forma. Conviene observar que la regulación de la forma no se encuentra en el capítulo dedicado a los «requisitos esenciales para la validez de los contratos» (arts. 1261 a 1277 CC), sino en otro distinto, que se ocupa «[d]e la eficacia de los contratos» (arts. 1278 a 1280 CC).

El criterio general en nuestro sistema es el de **libertad de forma**: el contrato es válido cualquiera que sea la forma en que ha sido celebrado. Así lo establecen los artículos 1278 CC y 51.I CCom.

Ahora bien, este criterio general contrasta con el sentido del artículo 1280 CC, que exige para una amplia gama de actos que consten en documento público; y para todos los contratos con prestaciones superiores a nueve euros, que consten en documento privado. La redacción utilizada en ese precepto parece imperativa («[d]eberán constar», «[t]ambién deberán hacerse constar»), pero su aplicación literal conduce a un sistema desmesuradamente formalista y obstaculizador del tráfico jurídico. Por ello, la jurisprudencia ha flexibilizado su transcendencia (de hecho, casi lo ha derogado) mediante una interpretación combinada con el artículo 1279 CC.

#### Artículo 1280 CC

En realidad, el artículo 1280 CC solo tiene sentido en un sistema en el que la forma sea requisito esencial del contrato, como sucedía en el Proyecto de Código civil de 1851, del cual proviene.

En la interpretación jurisprudencial, el artículo 1279 CC concede a las partes una facultad adicional, además de la de exigirse mutuamente el cumplimiento de lo convenido. La verificación previa del requisito formal no es necesaria para exigir el cumplimiento del contrato. El contrato existe y es válido antes del otorgamiento de ese requisito formal, pero puede suceder que esa forma sea relevante para que el contrato despliegue todos sus efectos.

El Código civil referencia esta interpretación vacía de sentido a la forma como necesaria «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato», y se fija sobre todo en la referencia a otra parte del precepto («podrán compe- lerse»). En conclusión, se reduce el artículo 1280 CC a una simple forma *ad probationem*.

#### **2.8.4. Casos de forma *ad solemnitatem***

El criterio general de libertad de forma no excluye que en determinados su- puestos se prevea una forma *ad solemnitatem*, es decir, con carácter constituti- vo, de tal manera que sin la forma exigida no hay contrato. Ahora bien, solo cuando la ley prevea este carácter constitutivo, podrá admitirse: dado el crite- rio general, en caso de duda la forma no debe ser reputada constitutiva.

Algunos supuestos de forma constitutiva en nuestro ordenamiento son los si- guientes: donación de bienes inmuebles (art. 633 CC) y de bienes muebles (art. 632 CC), capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC), enfiteusis (art. 1628 CC), la constitución de sociedad de capital (art. 20 TRLSC) o la constitución de sociedad profesional (art. 7.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

Además, las partes pueden acordar que la validez o la eficacia del contrato se supedite a que se otorgue una determinada forma.

Uno de los ámbitos donde mayor extensión están alcanzando las exigencias formales es el relativo a la legislación de consumidores o usuarios, por eso se llega a hablar de un neoformalismo en el derecho del consumo. La forma pre- tende aquí aumentar la protección de los consumidores, aunque debe tenerse en cuenta que esas exigencias formales no pueden acabar perjudicando a los propios consumidores.

Con carácter general, la falta de la forma exigida legalmente no invalida el contrato, pero el consumidor puede pedir que se cumplan las exigencias for- males (básicamente, que se documente por escrito y se le entregue un ejem- plar).

## 3. Formación del contrato

### 3.1. Preliminar

#### 3.1.1. Las fases del contrato

Aunque en la realidad jurídica nos encontramos ante una enorme variedad de formas de preparar, concluir y ejecutar los contratos, en todo contrato suelen distinguirse diferentes fases, de desigual importancia, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que rodean a cada contrato:

1) **Fase de preparación.** Se trata del periodo en que las partes discuten, negocian y perfilan el acuerdo que conviene a sus intereses respectivos: se intercambian borradores, se añaden o eliminan cláusulas y se ponderan las ventajas y los inconvenientes de las distintas posibilidades.

2) **Fase de perfección.** Se verifica cuando las voluntades de las partes sobre el contrato resultan coincidentes.

3) **Fase de consumación.** Comprende el periodo de realización de las prestaciones asumidas por el contrato.

En realidad, no es adecuado hablar de tres fases, sino de dos periodos: el que se desarrolla antes de la perfección del contrato y el que se desarrolla con posterioridad a su perfección. La perfección no es una fase en rigor, sino un momento que permite delimitar a partir de qué punto las partes ya se encuentran vinculadas por el contrato. La perfección del contrato exige la coincidencia de la oferta y la aceptación (art. 1262.I CC). Para determinar en qué momento se produce esa coincidencia, será preciso analizar con carácter previo qué requisitos deben concurrir en la oferta y la aceptación.

#### 3.1.2. Contratos de formación instantánea y de formación progresiva

Conviene observar que la realidad nos ofrece contratos en los que la fase de preparación o de formación del contrato resulta muy breve y de escasa transcendencia, normalmente porque esos contratos responden a operaciones económicas poco relevantes (por ejemplo, cuando tomamos un periódico de los varios dispuestos en el quiosco y abonamos su importe). En tales casos, hablamos de supuestos de **formación instantánea**. En cambio, aludimos a **formación progresiva** para referirnos a aquellos supuestos en los que la fase de preparación reviste una gran importancia, por cuanto la decisión de las partes

exige conocer de manera detallada las características económicas y jurídicas de la operación, mediante una información obtenida directamente o por colaboración de la otra parte.

### **3.2. La fase de preparación del contrato**

#### **3.2.1. Relevancia de la fase de preparación del contrato**

La fase de preparación del contrato comienza con el inicio de las negociaciones tendentes a concluir el contrato y termina cuando este se perfecciona o alguna de las partes abandona las negociaciones. Como hemos señalado, esta fase puede revestir gran complejidad o trascendencia, pero puede llegar a ser prácticamente inexistente.

El contenido de esa fase proyecta su trascendencia en cuanto a la formación de la voluntad contractual (por ejemplo, para determinar si concurren vicios del consentimiento en alguna de las partes) o en cuanto a la interpretación del contrato (por ejemplo, acudiendo a los borradores previos para fijar el alcance de una cláusula contractual).

#### **3.2.2. Deberes de las partes en la fase de preparación del contrato**

Durante esta fase de preparación del contrato, no existe entre las partes una relación jurídica en sentido estricto, pero se discute si por el hecho de iniciar estas negociaciones las partes asumen ciertos deberes.

No cabe duda de que las partes deben negociar de buena fe y que, en ciertos casos, se asume un deber de protección de la integridad física de los negociadores o de los bienes objeto de negociación (pensemos, por ejemplo, en el vendedor de automóviles que permite al conductor inexperto probar un vehículo de gran potencia). Más dudoso es que las partes asuman un deber de confidencialidad de la propia existencia de la negociación y de la información obtenida durante su transcurso. En caso de que se establezca de manera expresa o tácita el carácter confidencial de dicha negociación y de la información obtenida, esta no se podrá revelar a terceros. Por último, tampoco resulta fácil precisar hasta dónde llega el deber de informar a la otra parte: como regla general, cada parte debe procurarse su propia información (deber de autoinformarse), pero se debe dar respuesta a las solicitudes expresas y concretas de información efectuadas por la otra parte (si no se da respuesta a esta solicitud o se da una respuesta incompleta o errónea, nos encontraríamos ante la posible causación de un vicio del consentimiento de la otra parte).

En determinados sectores sí existen reglas concretas relativas a la información precontractual que debe proporcionarse a una parte determinada. Se trata de pautas impuestas por ley que pretenden intensificar la protección de una de las partes del contrato.

### **3.3. La responsabilidad precontractual**

#### **3.3.1. La libertad de no contratar como regla general**

Con carácter general, las partes son libres tanto de iniciar la fase de preparación del contrato como de apartarse de ella sin alegar causa alguna. La existencia de tratos preliminares no obliga a las partes a concluir el contrato. Este criterio resulta muy sensato. Si cada vez que existieran tratos preliminares, las partes tuvieran que contratar, todos los implicados valorarían mucho más si comenzar esos tratos, lo que, en el fondo, reduciría el número de intercambios.

#### **3.3.2. La responsabilidad por ruptura de tratos preliminares**

Dado que el criterio básico es la libertad de abandonar los tratos preliminares sin necesidad de causa alguna, no surge, con carácter general, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada por ese abandono.

Ahora bien, sentada esta regla general de no indemnizabilidad, se admite que, con carácter excepcional, sí surja una obligación de indemnizar los daños producidos durante los tratos preliminares: cuando se ha producido una actuación contraria a la lealtad y a la buena fe y cuando se rompen esas negociaciones de manera injustificada.

Se había discutido cuál debía ser el fundamento de esa responsabilidad precontractual, dado que se ofrecían argumentos tanto para defender su carácter contractual como extracontractual. La jurisprudencia, con toda claridad, se ha inclinado por considerarlo como un supuesto de responsabilidad extracontractual, con aplicación, pues, de lo previsto en el artículo 1902 CC (STS de 16 de mayo de 1988). Esta calificación es importante a los efectos del plazo de prescripción.

Los requisitos para que opere la **responsabilidad precontractual** también han sido establecidos por la jurisprudencia. Es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- La suposición de una situación de confianza razonable respecto a la plasmación del contrato.
- El carácter injustificado de la ruptura de los tratos.

- La efectividad de un resultado dañoso para una de las partes.
- La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.

También se ha discutido el alcance de la indemnización que puede reclamarse. Se coincide en considerar que no se puede exigir el llamado *interés contractual positivo*, esto es, la diferencia entre la situación actual del perjudicado y la que tendría de haberse celebrado el contrato cuya negociación se rompió sin justificación alguna. Se puede exigir el llamado *interés contractual negativo*, consistente en la diferencia entre la situación actual del perjudicado y la que tendría de no haberse iniciado las conversaciones que se rompieron sin justificación, excluyendo en cualquier caso las llamadas *pérdidas de oportunidad*.

En la práctica, la cuestión esencial estriba en determinar si las partes se encuentran todavía en una fase de tratos preliminares o si, por el contrario, ya se ha perfeccionado el contrato. Una vez verificado el desacuerdo posterior entre las partes, en el primer caso (meros tratos preliminares), habrá que constatar la concurrencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia y tener en cuenta las limitaciones que en cuanto al alcance de los daños determinados por ella. En el segundo (contrato ya perfeccionado), nos encontraremos ante un incumplimiento contractual que abre la puerta para que el acreedor opte por los remedios contractuales (indemnización de daños, cumplimiento forzoso o resolución del contrato, sobre todo).

### **3.4. La oferta contractual**

#### **3.4.1. Delimitación de la oferta contractual**

La oferta contractual no aparece definida en el Código civil, pero puede considerarse que existe oferta cuando:

- 1) una persona (el oferente) emite una declaración de voluntad con intención de obligarse;
- 2) esa declaración contiene todos los elementos del futuro contrato y de la reglamentación que se pretende instaurar, y
- 3) esa declaración se destina a otra persona o categoría de personas.

Un elemento determinante para identificar cuándo nos encontramos ante una verdadera oferta radica en el hecho de que no requiera una nueva declaración de voluntad por parte del oferente para ser completada: la oferta debe bastar por sí misma para formar el contrato, siendo suficiente para integrar el consentimiento contractual. Si es necesaria una nueva declaración de voluntad por parte del oferente, nos encontramos ante meros tratos preliminares.

De lo anterior se desprende que no cualquier manifestación de voluntad, remotamente vinculada a la celebración de un contrato, constituye una oferta. Por el contrario, es necesario que concurran ciertos requisitos para que pueda hablarse propiamente de **oferta contractual**.

### 3.4.2. Requisitos de la oferta contractual

La oferta contractual ha de ser:

- 1) **Inequívoca y precisa.** Esto significa que no debe suscitar dudas acerca de la seriedad del propósito de contratar y tampoco puede dar lugar, por ambigüedad o imprecisión, a distintas interpretaciones.
- 2) **Completa.** La oferta ha de contener todos los elementos necesarios para que la perfección del contrato se pueda producir por el solo hecho de la aceptación del destinatario de la oferta, en función del tipo contractual que se pretenda celebrar.
- 3) **Vigente.** Obviamente, la oferta precisa un periodo de tiempo durante el cual pueda manifestarse la aceptación. Carecería de sentido que, como regla, la oferta pudiera ser aceptada durante un periodo indefinido o, al contrario, que debiera ser aceptada de inmediato.

La oferta es una declaración de voluntad recepticia, ya que cobra eficacia al ser recibida por su destinatario, que puede ser una persona determinada o un grupo de personas.

La oferta puede perder su eficacia por las siguientes razones: por ser rechazada o alterada por el destinatario; por haberse agotado el plazo concedido para su aceptación; por haber sido retirada o revocada antes de la aceptación, y, conforme a la jurisprudencia, por muerte o incapacidad sobrevinida del oferente, salvo que el oferente sea un empresario y la oferta se corresponda con el círculo de operaciones de la empresa.

Como regla general, la oferta es libremente revocable antes de que el oferente tenga conocimiento de la aceptación. Pero cabe también la posibilidad de que el oferente configure la oferta contractual con carácter irrevocable. Con ello, por su propia decisión, el oferente se priva de la posibilidad de dejar sin efecto la oferta efectuada. Esta limitación o exclusión de la facultad de revocación del oferente se encuentra prevista en algunos textos legales, con la finalidad de conceder al destinatario un periodo de reflexión sobre el contenido de la oferta, con la garantía de que el oferente no variará *a posteriori* sus condiciones.

### 3.4.3. La oferta al público

Merece especial consideración la denominada *oferta al público*, es decir, la dirigida a destinatarios indeterminados. Más allá de la propia dificultad de establecer cuándo una oferta se dirige a personas determinadas o no, la cuestión que se plantea es si este tipo de ofertas constituyen en rigor una verdadera oferta o, por el contrario, nos encontramos ante una simple invitación *ad offerendum*.

La importancia de la distinción es fácil de apreciar: si la oferta al público es una verdadera oferta, cualquier destinatario puede convertirse en aceptante y perfeccionar el contrato, simplemente manifestando su voluntad; por el contrario, si es una invitación *ad offerendum*, no basta con que el destinatario manifieste su voluntad, sino que quien formuló la invitación debe manifestar su conformidad.

Aunque pueda encontrarse un criterio distinto en el artículo 14.2 CV, el artículo 9.1 LOCM equipara la oferta al público con una verdadera oferta contractual.

### 3.4.4. La venta en pública subasta

La **venta en pública subasta**, que se encuentra regulada en los artículos 56 LOCM y siguientes, presenta unos perfiles propios desde la perspectiva de la oferta. Este tipo de venta se configura legalmente como una oferta, pública e irrevocable, de venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije este al principio o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto. Pero, a pesar de los términos legales, el anuncio de subasta no es una oferta, sino una invitación a hacer ofertas: el contrato no se perfecciona al efectuar la mejor oferta, sino cuando esta es aceptada por el subastador.

## 3.5. La aceptación de la oferta

### 3.5.1. Delimitación de la aceptación de la oferta contractual

La delimitación de qué debe entenderse por aceptación de la oferta resulta en apariencia más sencilla en la medida en que no se trata de una declaración emitida con carácter general, sino que siempre debe ir referida a una oferta concreta, formulada con anterioridad.

Así pues, la **aceptación de la oferta** consiste en una declaración de voluntad emitida por una persona (el aceptante) a la que se ha dirigido una oferta contractual y por la que manifiesta su conformidad con ella.



### 3.5.2. Requisitos de la aceptación de la oferta contractual

¿Qué caracteres debe reunir esa declaración para ser considerada una aceptación de la oferta? La aceptación debe ser **completa y exacta**, esto es, debe coincidir con el contenido de la oferta formulada con anterioridad.

Del mismo modo, la aceptación debe haberse producido de forma **tempestiva**, es decir, mientras la oferta formulada mantenía su vigencia.

La aceptación debe basarse en una **intención seria e inequívoca de quedar obligado** en los términos señalados por el oferente. Por lo tanto, no pueden considerarse como tal el mero acuse de recibo o la solicitud de aclaraciones.

### 3.5.3. Formas de expresión de la aceptación

Con carácter general, la aceptación puede manifestarse de cualquier modo, salvo que se imponga legalmente otro criterio o así lo haya exigido la oferta o lo hayan pactado previamente las partes.

La aceptación puede manifestarse de forma **expresa** o **tácita**, incluso cabe admitir la posibilidad de que el silencio, en función de las circunstancias, sea considerado como una aceptación. La aceptación tácita exige que los actos del destinatario de la oferta puedan ser entendidos como conformidad con la oferta, lo cual habrá de valorarse según la casuística en función de las circunstancias concurrentes.

### 3.5.4. Modificaciones en la oferta y aceptación

La determinación de si concurre o no aceptación por parte del destinatario obliga a analizar qué valoración merecen aquellos supuestos en los que el destinatario introduce modificaciones sobre el contenido de la oferta. En principio, cabría pensar que en la medida en que altera ese contenido y su declaración no coincide exactamente con la oferta, no nos encontramos ante una aceptación, sino ante un rechazo de la oferta o, en su caso, ante una contraoferta (que deberá ser, a su vez, aceptada por el primer oferente).

Sin embargo, este criterio peca de rigidez y resulta más oportuno ponderar el alcance de las modificaciones introducidas por el destinatario de la oferta, teniendo en cuenta su transcendencia en la economía del contrato. Conviene precisar que la calificación de las modificaciones como sustanciales o no es cuestión que puede suscitar dudas interpretativas.

Teniendo en cuenta esos extremos, procede distinguir:

#### Acceptación tácita

Por ejemplo, el titular de un restaurante efectúa un pedido de vino y licores con una serie de condiciones y precio (lo cual constituye la oferta) a su proveedor habitual, un distribuidor de bebidas alcohólicas, con una cierta urgencia, pues se aproximan las fiestas navideñas. El distribuidor, sin manifestar nada al respecto, procede a enviar el pedido solicitado.

1) Si las modificaciones introducidas tienen carácter sustancial, se trata de un **rechazo de la oferta y una contraoferta**, sometida por tanto a la necesaria aceptación del primer oferente (por ejemplo, si el destinatario modifica el precio o la forma de pago de los productos). Este es el criterio previsto en el artículo 19.1 CV.

2) Si las modificaciones, por el contrario, no tienen carácter sustancial, en función del criterio de buena fe y de autorresponsabilidad, el oferente debe determinar si las rechaza con lo que el contrato no se ha llegado a perfeccionar. Pero si el oferente no manifiesta objeciones o son recibidas por el aceptante de manera intempestiva, el contrato habrá quedado perfeccionado con arreglo al contenido inicial de la oferta, con las modificaciones introducidas por el aceptante. Esta regla aparece en el artículo 19.2 CV.

### **3.5.5. Retirada de la aceptación**

También la aceptación puede ser retirada en tanto no haya resultado eficaz para perfeccionar el contrato (es decir, en tanto no sea conocida por el oferente o, remitida por el destinatario de la oferta, aquel no puede ignorarla sin faltar a la buena fe [artículo 1262 CC]). En cambio, no cabe la revocación porque si el oferente conoce la aceptación o no puede dejar de conocerla, sin faltar a la buena fe, ya hay perfección del contrato.

## **3.6. El momento de perfección del contrato**

### **3.6.1. Identificación del momento de perfección del contrato**

La perfección del contrato se produce en el momento en que coinciden la oferta y la aceptación (art. 1262 CC). Se asigna como efecto básico a la perfección del contrato la vinculación de las partes (arts. 1262.I y 1254 CC).

### **3.6.2. Perfección simultánea y perfección sucesiva**

En función de la separación temporal entre la oferta y la aceptación, se habla de perfección simultánea y perfección sucesiva.

La perfección del contrato puede ser **simultánea** cuando entre la formulación de la oferta y de la aceptación el lapso temporal es escaso o irrelevante. Ello se producirá cuando oferente y aceptante se encuentren en el mismo lugar o cuando, a pesar de encontrarse en lugares distintos, dispongan de un medio de comunicación que permita la simultaneidad (por ejemplo, teléfono, videoconferencia, etc.).

La calificación de la perfección contractual como simultánea no depende de la ubicación espacial de los contratantes, sino sobre todo del periodo que media entre la formulación de la oferta y la aceptación.

La perfección del contrato es **sucesiva** cuando existe un intervalo temporal entre la manifestación del oferente y la del aceptante. Esta situación puede darse cuando las partes no se encuentran espacialmente en el mismo lugar y cuando no disponen (o no quieren disponer) de un medio que permita una comunicación simultánea.

La falta de simultaneidad exige determinar en qué momento se entiende perfeccionado el contrato, es decir, en qué momento han coincidido la voluntad del oferente y la del aceptante. Esta cuestión es importante para determinar desde cuándo despliega sus efectos el contrato, pero también para establecer las posibilidades de revocar o retirar las manifestaciones ya efectuadas.

La cuestión tiene ahora una solución normativa, coincidente tanto en el Código civil (art. 1262) como en el Código de comercio (art. 54). Conforme a esos preceptos, de redacción idéntica, «[h]ay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe».

Por tanto el criterio legal supone la yuxtaposición de una doble teoría: la del **conocimiento** (que protege claramente al oferente como destinatario de la aceptación) y la de la **recepción**, matizada por el criterio de la buena fe (que matiza esa protección, por lo que se denomina de «cognición atemperada»). A pesar de sus dificultades probatorias, este criterio de la recepción tiene preferencia sobre el del conocimiento (una vez que el oferente no puede ignorar la aceptación, conforme a la buena fe, es indiferente que efectivamente la conozca o no).

### **3.6.3. Momento de perfección de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos**

En caso de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, los artículos 1262.III CC y 54.II CCom se apartan de la regla general y sitúan el momento de perfección en la manifestación de la aceptación: «En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

Con ello, para este tipo de contratos, que no aparecen delimitados ni en el Código civil ni en el de comercio, la perfección se identifica con la llamada *teoría de la emisión*.

Son contratos celebrados mediante dispositivos automáticos todos aquellos, electrónicos o no, que se concluyan de forma automática, es decir, a través de máquinas que trami-

ten mecánicamente la aceptación emitida por el destinatario de la oferta. Estos son, por ejemplo, los contratos celebrados a través de máquinas expendedoras; o los denominados «contratos clic», en los que la aceptación se manifiesta pulsando el botón previsto a tal efecto y que suele contener la palabra *Acepto*. No debe ser considerado contrato celebrado mediante dispositivo automático el contrato llevado a cabo mediante el intercambio de correos electrónicos.

### 3.6.4. Momento de perfección de los contratos electrónicos

Cuando se trata de contratos electrónicos, el artículo 28 de la Ley 34/2002, de 11 julio, impone como regla al oferente la carga de confirmar la recepción de la aceptación.

Como indica el anexo de dicha Ley, se entiende por «contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico»:

«[t]odo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

No son contratos celebrados con dispositivos automáticos, sino contratos en los que el medio electrónico por el que se efectúan las declaraciones no se basa en un procedimiento controlado por el oferente: por ejemplo, correo electrónico o mensajes SMS.

### 3.7. El lugar de perfección del contrato

Una cuestión distinta es la **determinación del lugar donde se entiende celebrado el contrato**. Este problema surge cuando los contratantes se encuentran situados en lugares geográficamente separados, y no se ve afectado por el intervalo temporal que puede existir entre la oferta y la declaración.

La precisión del lugar en que se entiende perfeccionado el contrato tiene importantes consecuencias prácticas. Es crucial para determinar la competencia judicial o el derecho aplicable, especialmente cuando en el contrato intervienen elementos extranjeros (arts. 22.3 LOPJ y 10.5 CC y Reglamento [CE] n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [Roma I]).

Frente a las diversas posibilidades existentes, tanto el artículo 1262 CC como el artículo 54 CCom se inclinan, con carácter general, por la relevancia del lugar donde se hizo la oferta: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó [...] [e]l contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta».

#### Contratos electrónicos

Para los contratos electrónicos, el artículo 29 de la Ley 34/2002, de 11 julio, establece una regla especial.

### 3.8. El precontrato

#### 3.8.1. Unidad de denominación, pluralidad de supuestos

Probablemente, una de las principales dificultades que se plantea en el análisis del llamado *precontrato* radica en que, con esta denominación, se agrupan situaciones muy heterogéneas y que presentan escasos rasgos en común. En la práctica, los denominados *precontratos* se configuran de modo muy diverso y dificultan la aplicación de una regla única.

Como indica la STS de 16 de diciembre de 2008:

«[l]o que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado».

En rigor solo puede hablarse de **precontrato** cuando ya existe acuerdo sobre los elementos esenciales, pero sus efectos se difieren temporalmente en función de la voluntad de una de las partes o de ambas.

#### 3.8.2. Problemas básicos del precontrato

Los problemas con los que se enfrenta esta figura son múltiples. Pero desde un punto de vista práctico, las cuestiones básicas son dos:

- 1) ¿Qué requisitos debe reunir el precontrato, en cuanto a forma, capacidad, etc., los previstos con carácter general para todo contrato o los previstos para el contrato definitivo, que pueden llegar a ser más rigurosos?
- 2) ¿Qué efectos tiene el incumplimiento del precontrato? ¿Puede el juez si uno de los (pre)contratantes se niega a celebrar el contrato definitivo sustituir a ese (pre)contratante y otorgar ese contrato? ¿O, por el contrario, el incumplimiento del precontrato nunca puede dar lugar al otorgamiento del contrato definitivo, por lo que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados?

En el Código civil, no existe una regulación general del precontrato; solo se contienen referencias expresas a la promesa de comprar y de vender (art. 1451 CC) y a la de constituir prenda o hipoteca (art. 1862 CC).

En buena medida, el alcance del precontrato dependerá de la interpretación de la voluntad de las partes, sin que sea posible establecer una solución única en cuanto a sus efectos. No todos los supuestos en que las partes hablan de precontratos alcanzan el mismo nivel de determinación y, por tanto, sus efectos no pueden coincidir.

### 3.8.3. Los criterios de la Ley de enjuiciamiento civil

El planteamiento diversificador, en función de la interpretación de cada caso, es el que parece más acertado, y ahora tiene un cierto refrendo mediante el criterio instaurado por el artículo 708 LEC. Esta norma, que se ocupa de la posibilidad de que, a través de una demanda, se solicite una condena a emitir una declaración de voluntad, distingue tres hipótesis distintas, con efectos radicalmente diferentes:

- 1) Si están predeterminados los elementos esenciales y no esenciales del negocio, el juez puede tener por emitida la declaración de voluntad, mediante auto.
- 2) Si están predeterminados los elementos esenciales y no están predeterminados los elementos no esenciales del negocio, el juez puede tener por emitida la declaración de voluntad, mediante auto, y determina los elementos no esenciales conforme a lo usual en el mercado o en el tráfico jurídico.
- 3) Si no están predeterminados los elementos esenciales del negocio, y la parte no quiere emitir su declaración de voluntad, el juez solo puede condenar a esa parte a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

En conclusión, la clave es el grado de determinación de los acuerdos iniciales: si la determinación es total, hay contrato (por mucho que las partes lo denominen precontrato o de otro modo) y se procede a la acción de cumplimiento: no hay que solicitar una condena a emitir una declaración de voluntad, sino simplemente a cumplir las obligaciones que nacen del contrato ya perfeccionado.

Si las partes no han alcanzado un acuerdo lo bastante determinado, solo cabrá plantear una acción indemnizatoria por la vía de una hipotética responsabilidad precontractual.

## 3.9. El derecho de opción

### 3.9.1. Delimitación del derecho de opción

El **derecho de opción** constituye una modalidad de precontrato en cuya virtud se concede a una de las partes o a ambas la facultad de conferir eficacia a un contrato cuyos elementos esenciales ya se encuentran predeterminados al concederse la opción.

#### **Derecho de opción**

El derecho de opción puede derivar sea de un contrato específico (el llamado *contrato de opción*), sea de una cláusula o estipulación contenida en otro contrato (el llamado *pacto de opción*: por ejemplo, arrendamiento con opción de compra).

El derecho de opción carece de regulación general en el Código civil (en cambio, véase artículos 568-8 a 12 CCCat). Además del artículo 14 RH, la opción de compra se contempla en las leyes 460 y 461 FN.

En la práctica, lo más frecuente es que el derecho de opción se refiera a una promesa unilateral de venta, esto es, que implique la concesión de una opción de compra. Este es el supuesto que mayor frecuencia ofrece en la práctica, aunque puede referirse a cualquier intercambio de prestación y contraprestación.

### Diversas funciones del derecho de opción

El derecho de opción puede cumplir diversas funciones: asegura al optante una mayor amplitud en la deliberación y decisión acerca de la conveniencia del contrato (por ejemplo, arrendamiento con opción de compra); permite completar fases de una operación más compleja, sin verse definitivamente comprometido (por ejemplo, promotor inmobiliario que desea comprar todas las fincas de una manzana, pero que va consiguiendo derechos de opción sobre las distintas fincas a la espera de poder adquirirlas todas); facilita la obtención de financiación para la operación; permite un fin especulativo, ya que el optante puede celebrar a su vez un segundo contrato sobre el bien objeto de la opción, o prever el aumento o el descenso del precio del bien (por ejemplo, opciones sobre acciones); equivale a una suerte de garantía, cuando el prestatario concede al prestamista una opción de compra sobre un bien por el importe del préstamo o cuando el deudor vende al acreedor un bien reservándose aquel una opción por el importe de la deuda; etc.

### 3.9.2. Estructura del derecho de opción

Las partes del derecho de opción son el concedente y el optante (o beneficiario). El **concedente** se compromete a propiciar la consumación del contrato en caso de ejercitarse la opción. De la decisión del **optante** depende la eficacia del contrato proyectado. Ese ejercicio requiere una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida al concedente. El consentimiento del optante es lo único decisivo para la eficacia del contrato, sin que pueda el concedente pretender que ha de dar su conformidad a la declaración del primero de ejercitar la opción.

El derecho de opción debe estar sometido a **plazo de ejercicio**: no sería admisible que el concedente quedara obligado de forma indefinida. Pasado el plazo, decae la opción. Si no se ha señalado plazo en el contrato, directa o indirectamente, se determinará conforme al artículo 1128 CC.

El derecho de opción puede ser concedido a título gratuito o a título oneroso (mediante el pago de la denominada *prima*). Si la prima pagada por la opción forma parte del precio total o es independiente es problema de interpretación de la voluntad que debe resolverse en cada supuesto.

### 3.9.3. Efectos del derecho de opción

Si el optante ejercita la facultad de optar, el contrato proyectado deviene eficaz sin necesidad de consentimientos adicionales. El ejercicio del derecho de opción debe efectuarse en el plazo previsto, que se configura como de caducidad.

#### Opción de compra sobre inmuebles

El artículo 14 RH prevé una regla especial para la inscripción de la opción de compra sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad: deberá constar el plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

Cabe que las partes supediten el ejercicio de la opción al ofrecimiento de la cosa (**opción de venta**) o al pago del precio (**opción de compra**). Pero si nada se ha pactado, la opción puede ejercitarse sin ese ofrecimiento.

Como regla, el contrato celebrado por el concedente con tercero de buena fe contradiciendo el derecho de opción es, en principio, eficaz: el derecho de opción es ajeno al tercero de buena fe y el concedente solo deberá indemnizar al optante los daños ocasionados por su incumplimiento. Como excepción, en caso de opción de compra sobre bienes inmuebles, que conste inscrita en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 RH, ese derecho es oponible al tercero.

El derecho de opción es transmisible con el consentimiento del concedente, que puede conferirse al constituirse o con posterioridad.

Si el derecho de opción no se ejercita en el plazo previsto, pierde su eficacia y el concedente deja de estar vinculado por él. Por lo general, el no ejercicio del derecho de opción implica que el concedente haga suyo, con carácter definitivo, el importe de la prima.



## 4. Interpretación, calificación e integración del contrato

Aunque en teoría puedan analizarse como operaciones separadas y sucesivas, lo cierto es que en la realidad la interpretación, la calificación y la integración contractuales constituyen mecanismos absolutamente interrelacionados y que, con frecuencia, se realizan de forma conjunta, en la medida en que, en función de la interpretación que se atribuya a determinada cláusula, se condiciona su calificación y se hace necesaria su integración mediante los diversos criterios ofrecidos por el ordenamiento jurídico.

### 4.1. La interpretación del contrato

#### 4.1.1. Delimitación de la interpretación del contrato

La **interpretación** del contrato tiene como finalidad fundamental establecer el sentido y el alcance de la voluntad de las partes en la plasmación de la reglamentación contractual.

Se trata de una cuestión de la máxima importancia porque contribuye a delimitar el contenido vinculante del contrato y determinar en qué casos las partes han incumplido el vínculo contractual.

Es indudable que la interpretación contractual presenta cierta proximidad a la interpretación de las normas (art. 3.1 CC), pero también es evidente que son funciones de alcance diverso en la medida en que los intereses por tutelar son distintos (la voluntad de los contratantes, en un caso; un interés general, en el otro) y que no se puede prescindir del diferente objeto sobre el que se proyectan (una relación contractual concreta y específica, en un caso; una regla general y abstracta, en el otro).

#### 4.1.2. Interpretación subjetiva e interpretación objetiva

Dentro de la interpretación contractual, la contraposición básica se establece entre la denominada *interpretación subjetiva*, tendente a averiguar la voluntad o intención concorde de los contratantes, y la denominada *interpretación objetiva*, encaminada a disipar las dudas o las ambigüedades de la declaración contractual confiriéndole un sentido y un significado objetivo incluso con independencia de la voluntad real de los contratantes. En el Código civil, las reglas de interpretación contractual, que aparecen en los artículos 1281 a 1289 CC (a los que se remite también el artículo 50 CCom<sup>6</sup>), ofrecen criterios no siempre

#### Reflexión

Por ejemplo, una cláusula de un contrato de compraventa en la que indica que se vende el inmueble «libre de arrendatarios», ¿incluye a los que ocupan el inmueble sin contrato de arrendamiento? ¿Incumple el vendedor si existen en el inmueble ocupantes sin título jurídico alguno en el momento de venderse la cosa?

<sup>6</sup>Véase también arts. 57 a 59 CCom.

coherentes, en unos casos más propios de una interpretación subjetiva (arts. 1281 a 1284 CC) y en otros, más cercanos a una interpretación objetiva (arts. 1285 a 1289 CC).

#### 4.1.3. Principios rectores de la interpretación contractual

Ante la acumulación de reglas que proporciona el Código civil, no es de extrañar que la doctrina acostumbre a enunciar una serie de principios rectores de la interpretación contractual para clarificar y coordinar el alcance de esos preceptos.

1) El **principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes** trata de establecer la voluntad común e histórica que presidió la formación y la celebración del contrato. Ello significa intentar averiguar qué es lo que las partes pretendieron pactar de común acuerdo (y no solo lo que una parte pretendía o entendió) al celebrar el contrato.

2) El **principio de conservación del contrato**, entre una lectura que supone privar al contrato o a cierta cláusula de efectos y otra lectura que le permite producirlos, implica que se debe optar por esta última.

3) Por último, el **principio de buena fe** determina que también en la interpretación del contrato se debe acudir al estándar de conducta que supone esta cláusula general. Puede hallarse una aplicación de este principio en el artículo 1288 CC, que establece el criterio de interpretación *contra stipulatorem*, es decir, contra la parte que ha ocasionado la oscuridad de una cláusula contractual.

#### 4.1.4. Reglas sobre interpretación en el Código civil

Nos encontramos con una pluralidad de reglas sobre interpretación en el Código civil, lo que, de aplicarse todas al mismo tiempo, puede conducir a resultados contradictorios. Por tanto, es necesario jerarquizar esos criterios en sus elementos básicos para determinar cuál debe prevalecer en caso de conflicto.

El principal criterio rector de la interpretación aparece recogido en el párrafo segundo del artículo 1281 CC, en la medida en que otorga prevalencia a la «**intención evidente de los contratantes**» por encima de las palabras utilizadas por estos en concreto. Ello significa que el principal criterio que debe presidir la interpretación en nuestro Código civil es la averiguación de esa voluntad conjunta de los contratantes. Dicha intención puede establecerse, como dice el artículo 1282 CC, atendiendo sobre todo a sus actos coetáneos y posteriores al contrato (y aunque esa norma no lo explicita, también cabe acudir a sus actos anteriores: por ejemplo, borradores o intercambio previo de mensajes).

También obedece a esta línea de prevalencia de la **voluntad contractual** el artículo 1283 CC, en la medida en que confiere preponderancia a esa voluntad a pesar de que los términos empleados por los contratantes sean de carácter

general: no se han de entender comprendidos en un contrato «cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar».

Con claridad, el artículo 1284 CC responde al criterio de **conservación del contrato**, puesto que, entre los diversos sentidos que admita una cláusula, se inclina por aquel más adecuado para que produzca efectos. El artículo 1285 CC establece un criterio de interpretación de carácter sistemático, al propiciar una interpretación conjunta de las cláusulas del contrato. La naturaleza y el objeto del contrato contribuyen también a precisar cuál de las diferentes acepciones de una palabra debe ser preferida en sede de interpretación (art. 1286 CC): la norma se refiere a las palabras polisémicas y formuladas por escrito.

En el artículo 1287 CC aparecen consagradas dos funciones de los usos: una **interpretativa** y otra **integrativa**. La primera función permite corregir las ambigüedades de los contratos (por ejemplo, se emplea como unidad de medida del terreno rústico el jornal, que tiene una extensión distinta en Cataluña y en la Comunidad Valenciana). La segunda función colma la omisión de cláusulas no previstas (en el mismo sentido que, como veremos, plantea el artículo 1258 CC).

Mencionado ya el artículo 1288 CC, solo queda por poner de manifiesto la cláusula de cierre interpretativo que establece el artículo 1289 CC como derivación del **principio de buena fe**. Dado que, a pesar del abanico de reglas interpretativas, no cabe excluir la imposibilidad de concretar la verdadera voluntad de las partes, es necesario prever qué solución se debe aplicar en tales casos. El Código civil establece una distinción muy sensata:

1) Si las dudas irresolubles recaen sobre **elementos accidentales del contrato**, es necesario, a su vez, subdistinguir: si se trata de un **contrato gratuito**, se debe aplicar el criterio de la menor transmisión de derechos (por ejemplo, en una donación de un bien inmueble en la que se discute si también se han donado algunos bienes muebles que se encontraban en ese inmueble, habrá que entender que la donación tiene el menor alcance posible); en cambio, si se trata de un **contrato oneroso**, con un criterio más oscuro, el Código civil se inclina por la mayor reciprocidad de intereses, esto es, por la mayor conmutatividad o equilibrio entre las prestaciones.

2) Si las dudas irresolubles recaen sobre **elementos esenciales del contrato** (por ejemplo, en una urbanización no se puede llegar a saber cuál de las diversas parcelas que pertenecen al promotor ha sido vendida a los adquirentes, por determinado precio), el Código civil considera que dicho contrato es nulo.

El problema interpretativo radica en determinar cuándo nos encontramos ante elementos accidentales o esenciales del contrato, porque esa calificación incide en su régimen jurídico.

#### Conservación del contrato

La conexión de este artículo 1289 CC con el principio de conservación del contrato se constata al comprobar como, a pesar de la existencia de dudas irresolubles, siempre que estas recaigan sobre elementos accidentales, se mantiene la vigencia del contrato.

#### 4.1.5. Condiciones generales de la contratación e interpretación

Cuando el contrato se articula a través de condiciones generales de la contratación, es necesario matizar los criterios interpretativos para poner de manifiesto la distinta situación del predisponente y del adherente. Por ello, se dedica una atención especial a los criterios de interpretación en el caso de condiciones generales de la contratación. Todo el artículo 6 LCGC se ocupa de esta cuestión y ofrece diversas reglas al respecto:

1) Prevalecen las condiciones particulares del contrato sobre las condiciones generales, salvo que estas sean más beneficiosas para el adherente. En principio, se considera que las condiciones particulares reflejan la voluntad de las partes de una forma más adecuada.

2) Las dudas en la interpretación de las condiciones generales se deben resolver a favor del adherente. Como es evidente, se trata de un criterio similar al del artículo 1288 CC. El artículo 80.2 TRLGDCU consagra también la prevalencia de la interpretación favorable al consumidor, puesto que «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor».

3) Supletoriamente, se debe acudir a las reglas de interpretación del Código civil.

#### 4.2. La calificación del contrato

La **calificación de un contrato** constituye una operación mucho más compleja que la mera subsunción de una relación contractual concreta en un esquema legal predeterminado.

Se trata de determinar cuál es el régimen jurídico que corresponde a la operación económica articulada por las partes, en función de los pactos establecidos entre ellas. Para ello, es necesario precisar qué es lo que han querido las partes y cuál es el verdadero alcance de los criterios legales.

#### Consideración de abusiva

Debe recordarse, en fin, que tiene la consideración de abusiva la cláusula que reserve a favor del empresario facultades de interpretación del contrato (art. 85.3 TRLGDCU).

Por lo pronto, se debe resaltar que el análisis de la reglamentación contractual puede conducir tanto a insertar lo acordado en un régimen típico como a constatar el carácter atípico de lo querido por las partes. La calificación del contrato como operación de identificación de las reglas legales al supuesto ne-

gocial constituye una cuestión de la máxima trascendencia porque al determinar el régimen jurídico que será aplicable a ese contrato conforma el contenido de derechos y obligaciones de las partes.

La jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que «los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes que son», con lo que se establece la libertad de los tribunales de calificar el contrato con arreglo a su verdadero contenido más allá de las denominaciones empleadas por las partes.

### **4.3. La integración del contrato**

#### **4.3.1. Delimitación de la integración del contrato**

Como es fácil imaginar, cuando las partes negocian la celebración de un contrato no analizan, discuten y llegan a un acuerdo sobre todas las vicisitudes y cuestiones que pueden llegar a imaginarse. Las partes suelen preocuparse de establecer aquellos extremos a los que confieren más relevancia y no se dedican a pactar acerca de aspectos que, en muchas ocasiones, no dejarán de ser hipótesis que no llegan a cumplirse.

La actitud de los contratantes que no se preocupan de prever todas y cada una de las hipótesis que pueden acontecer es racional y sensata: negociar es caro (implica costes de tiempo y dinero) y no tiene lógica despilfarrar esos recursos en pactar cuestiones que quizá nunca lleguen a verificarse.

Frente a otros modelos jurídicos, que exigen incorporar al contrato un sinnúmero de previsiones, en nuestro ordenamiento contamos con un instrumento que permite colmar las lagunas de previsión de los contratantes. Otras lagunas pueden surgir por la declaración de invalidez de una concreta cláusula.

La **integración contractual** es el mecanismo por el cual se ofrecen soluciones de reglamentación a las carencias que presentan los contratos, sea porque las partes no han previsto nada al respecto, sea porque lo previsto por las partes ha devenido ineficaz.

#### **4.3.2. Autointegración y heterointegración: el artículo 1258 CC**

Aparentemente, la solución inmediata debería ser recurrir a lo que las partes hubieran previsto de haberse enfrentado a esa laguna de regulación (es la llamada *autointegración*). Pero esa solución no parece adecuada: todo recurso a lo que las partes hubieran decidido en el momento de la celebración del contrato

no pasa de ser una mera elucubración, ante la constatación de que, una vez planteado el problema, cada parte intentará que prevalezca la solución más favorable a sus intereses.

Por ello, se acude a completar ese déficit de regulación con unos elementos externos a los propios contratantes (por lo que se denomina *heterointegración*) y que vienen expuestos claramente en el artículo 1258 CC. Esos elementos son la buena fe, el uso y la ley.

Los elementos que el artículo 1258 CC enumera para completar la reglamentación contractual no son datos rígidos e intemporales o que vengan predefinidos por el Código civil, sino que en buena medida constituyen cláusulas generales por concretar en función de las circunstancias de cada relación contractual.

### **La buena fe como criterio de integración**

La **buena fe**, que también aparece, con un carácter más general, en el artículo 7.1 CC, debe ser entendida como un estándar de conducta: un modo de proceder de los contratantes tendente a la cooperación honesta.

Así pues, se trata de un elemento que debe presentar un carácter objetivo (comportamiento justo y adecuado) y no meramente subjetivo (creencia o situación psicológica del contratante). La buena fe se traduce en una serie de deberes y permite propugnar que los contratantes han de intentar facilitar el cumplimiento y la mayor satisfacción de los intereses contractuales; que han de procurar minimizar el impacto de ciertos riesgos (por ejemplo, deber de mitigar el daño); que los deberes de información, lealtad o fidelidad entre las partes se modulan en función del tipo de contrato; o que cada parte debe evitar el daño personal de la otra parte, velando por su seguridad.

Con rotundidad, el artículo 65 TRLGDCU afirma que «[l]os contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

### **El uso como criterio de integración**

El uso presenta ciertas dificultades en su delimitación por la pluralidad de funciones que se le asignan a lo largo del Código civil (arts. 1.3.II, 1258 y 1287 CC).

En el ámbito del artículo 1258 CC, el **uso** constituye la práctica habitual o el modo normal de proceder en los contratos de determinada clase.

Debemos tener en cuenta que, en cambio, en el artículo 1287 CC se atribuye al uso tanto la función interpretativa como la integradora (supliendo la omisión de cláusulas que suelen incluirse de ordinario). Una aplicación de esta función integradora del uso se encuentra también en el artículo 708.2 LEC, cuando permite solventar la indeterminación de algunos elementos no esenciales de un contrato, «conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico».

### **La ley como criterio de integración**

La ley a la que hace referencia el artículo 1258 CC consiste fundamentalmente en la norma dispositiva, esto es, la que se aplica supletoriamente, en defecto de pacto de las partes.

Si las partes han pactado en un determinado sentido, la regla dispositiva no entra en juego. Sin embargo, ello no debe hacer pensar que las normas imperativas sean irrelevantes en la reglamentación contractual, al contrario, su importancia se detecta en dos momentos:

- 1) constituyen un límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), y
- 2) el contenido de la norma imperativa resulta aplicable exista pacto entre las partes o no (art. 1258 CC).

#### **4.3.3. La publicidad como criterio de integración**

Aunque no se menciona en el artículo 1258 CC, la **publicidad** constituye un elemento fundamental a los efectos de integración de la reglamentación contractual. La vinculación contractual no se limita a lo expresamente pactado y a los elementos mencionados en el artículo 1258 CC, sino que se proyecta también al contenido de la publicidad efectuada por una de las partes u otra.

Este criterio aparece reflejado en el artículo 61.2 TRLGDCU y ha sido admitido con carácter general por la jurisprudencia.

Aunque estas normas se refieren a los contratos con consumidores y usuarios, el criterio jurisprudencial tiene un sentido más general: sobre todo desde la STS de 27 de enero de 1977, se ha admitido, como derivación de la buena fe, que la publicidad era también un elemento integrador del contrato.

#### **4.3.4. Condiciones generales, cláusulas abusivas e integración del contrato**

Una función muy importante del artículo 1258 CC se plantea en los casos de condiciones generales y cláusulas abusivas.

Las condiciones generales no incorporadas (art. 7 LCGC) o nulas (art. 8 LCGC) también generan una laguna en la reglamentación contractual que resulta preciso colmar. Conforme al artículo 10.2 LCGC: «[l]a parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo».

La remisión al artículo 1258 CC para la integración del contrato resulta plausible, pero no ocurre lo mismo con la remisión a las reglas de interpretación, porque supone una cierta confusión del alcance de un mecanismo y otro.

Este mismo planteamiento se predicaba de las cláusulas abusivas, que son nulas y se tienen por no puestas (art. 83.1 TRLGDCU), con lo que pueden generar una laguna en la reglamentación contractual dispuesta por las partes. Para solventar ese problema, el anterior artículo 83.2 TRLGDCU imponía, con una cierta redundancia, que:

«[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva».

Sin embargo, por aplicación de los criterios jurisprudenciales comunitarios (STJUE de 14 de junio de 2012), la norma ha sido modificada y se ha suprimido el segundo apartado, lo que genera la duda de cómo se determina el modo de colmar la laguna contractual.



## 5. La eficacia del contrato

### 5.1. Preliminar

#### 5.1.1. La eficacia del contrato en el Código civil

En el planteamiento del Código civil, el contrato es identificado como una de las fuentes de las obligaciones (art. 1089 CC). De acuerdo con esta perspectiva, cabría pensar que, en lo que se refiere a los efectos del contrato, bastaría con remitirnos a lo ya apuntado respecto a las relaciones obligatorias.

#### 5.1.2. La necesidad de una revisión de la eficacia del contrato

Sin embargo, este planteamiento, sin ser falso, resulta manifiestamente incompleto. El contrato impone una vinculación entre las partes y diseña entre ellas una reglamentación que presidirá en adelante su comportamiento.

Debemos tener en cuenta que, como se desprende del artículo 1258 CC, la reglamentación contractual no se limita a aquello que las partes han acordado de manera expresa, sino que se conforma a través de otros elementos y factores. Los extremos que configuran esa reglamentación contractual son, jerárquicamente estructurados, los siguientes:

- 1) Las normas imperativas.
- 2) Las reglas derivadas de la autonomía privada de las partes.
- 3) Las normas dispositivas, los usos y los criterios derivados de la buena fe contractual.

Por ello, resulta más apropiado el planteamiento que, siquiera con una expresión más gráfica que precisa, recoge el artículo 1091 CC, al establecer que «[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

Este artículo 1091 CC consagra con claridad que el efecto primordial del contrato es el establecimiento de un **vínculo jurídico**, por el que las partes deben observar el contenido de esa reglamentación contractual.

En cuanto a la eficacia básica del contrato, como se verá a continuación, hay que plantearse dos extremos: qué significa el vínculo contractual (la vinculación contractual) y quiénes se ven afectados por él (la relatividad del contrato).

## 5.2. La eficacia básica del contrato: la vinculación de las partes

Como consecuencia inmediata del contrato, las partes deben observar un determinado comportamiento en función de la reglamentación contractual. Por consiguiente, surge para las partes un deber de respeto u observancia del contrato. Ello no solo significa que cada parte debe ajustar su comportamiento a lo previsto en el contrato, sino que, en caso de no hacerlo, la otra parte dispondrá de una pretensión para exigir el cumplimiento de esa reglamentación contractual.

La **eficacia del contrato** significa que este despliega las consecuencias jurídicas que le son propias y que le ha asignado el ordenamiento, en función de sus características causales.

### 5.2.1. Vinculación e irrevocabilidad contractual

La **vinculación** entre las partes derivada del contrato implica que, como regla general, no puede ser suprimida por voluntad de una sola de las partes del contrato.

Este criterio se confirma en la medida en que dejar en manos de una de las partes el mantenimiento de la vigencia del contrato sería contrario a la interdicción de la arbitrariedad, que se prevé en el artículo 1256 CC, al decir que «[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Ahora bien, este criterio general de irrevocabilidad de la vinculación contractual no rige en dos supuestos:

- 1) Cuando las partes consienten de común acuerdo en dar por extinguido el vínculo contractual (**mutuo disenso**).
- 2) Cuando, excepcionalmente, se admite la relevancia de la voluntad unilateral, en casos de relaciones de duración indefinida o basadas en la confianza, o de relaciones en las que se pretende proteger sobre todo a una de las partes.

#### Derecho de desistimiento

Por ejemplo, el contrato de mandato puede extinguirse por revocación del mandante a su voluntad (art. 1732 CC). Y se reconoce un derecho de desistimiento en favor de los consumidores en determinadas relaciones contractuales.

### **5.3. La eficacia básica del contrato: la relatividad del contrato**

Como consecuencia lógica de la consideración del contrato como acto de autonomía privada, este limita sus efectos a las partes que lo otorgan y no afecta a terceros.

#### **5.3.1. La identificación de las partes del contrato**

Como regla general, los efectos del contrato solo se proyectan en la esfera jurídica de quienes son partes de él. Con meridiana claridad, este es el principio sentado por el artículo 1257.I CC: «[l]os contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]».

Como es lógico, ello exige distinguir quién merece la consideración como parte de un contrato y quién no.

Podemos considerar como partes del contrato:

1) **A las personas que lo han otorgado**, es decir, las que han emitido las declaraciones de voluntad o han realizado los comportamientos constitutivos del negocio, y que además son titulares de los intereses reglamentados por el contrato. En caso de que el contrato se realice mediante representante, el representado, o *dominus negotii*, es parte del contrato.

2) **A los herederos de los otorgantes**, por cuanto los herederos ocupan el lugar que en las relaciones contractuales ostentaban sus causantes (arts. 659 y 660 CC). El propio artículo 1257.I CC establece como excepción a esa vinculación de los herederos que «[l]os derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

3) **A los que, mediante cesión o subrogación, pasan a ocupar la posición de parte del contrato.**

### **5.4. La eficacia del contrato respecto a los terceros**

#### **5.4.1. La identificación de los terceros**

La noción de tercero en cuanto a los efectos del contrato puede tener un doble sentido:

1) En sentido amplio, será tercero toda persona que no sea parte del contrato. Se trata de una noción absolutamente negativa y carente de relevancia por su extraordinaria amplitud.

2) En sentido estricto, será tercero toda persona que entra en relación con un contrato o con quienes son parte de él, sin ser parte de dicho contrato.

Conviene observar que también son terceros las personas presentes en el acto de celebración del contrato que no sean parte contractual, como los **representantes**, los **testigos** o el **notario autorizante**.

El **principio de relatividad** del contrato supone que el contrato no despliega ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros. Esta regla puede extraerse del artículo 1257.I CC, que, al establecer la eficacia contractual respecto de las partes y sus herederos, implícitamente niega que pueda afectar a otras personas.

#### Relatividad de los efectos del contrato

Esta relatividad de los efectos del contrato suele expresarse con máximas jurídicas como *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* ('lo hecho entre unos no perjudica ni beneficia a otros').

### 5.4.2. Eficacia del contrato respecto de terceros

Ahora bien, este principio de relatividad no puede ignorar que, en algunos casos, la interdependencia de las relaciones jurídicas, que es característica del tráfico actual, supone la repercusión de ciertos contratos en terceros. No siempre esa repercusión tendrá la misma intensidad, ni se someterá a los mismos requisitos. ¿En qué casos puede llegar a plantearse esa repercusión contractual en quienes no fueron parte de él?:

1) **Concurrencia de varios acreedores sobre un mismo patrimonio.** Es evidente que la posibilidad de satisfacción plena de los créditos que una persona ostenta dependerá de los créditos que otras personas ostenten contra el mismo deudor, en virtud de relaciones contractuales independientes.

2) **Doble venta** (art. 1473 CC). Uno de los dos compradores verá incumplido su contrato precisamente por el cumplimiento de un contrato del que no es parte.

3) **Sucesión de transmisiones *inter vivos* de derechos reales.** Puede acontecer que se pierda la propiedad sobre un determinado objeto porque sea anulado o resuelto el contrato por el que lo había adquirido la persona que lo había transmitido.

4) **Contratos conexos.** En caso de subcontrato, las vicisitudes del contrato base repercutirán en las del subcontrato, a pesar de que una de las partes de este nada tiene que ver con el contrato base.

5) **Asunción de garantías.** El garante no es parte del contrato garantizado (arts. 1822 y 1823 CC) y, sin embargo, sus vicisitudes le afectan de forma clara: por ejemplo, el incumplimiento del afianzado implica su obligación de cumplir la deuda.

De todo ello resulta que, de forma más matizada, el efecto vinculante se produce solo entre las partes, pero los terceros no pueden ignorar que se ha producido el contrato: en principio, el contrato es oponible a terceros. Esa oponibilidad requiere la certeza de su existencia y su publicidad (arts. 1227, 1230, 1280, 1526 y 1865 CC).

## 5.5. El contrato en favor de tercero

### 5.5.1. Delimitación del contrato en favor de tercero

El artículo 1257.II CC contempla, aunque de manera insuficiente, el llamado **contrato en favor de tercero**, es decir, el que da lugar al nacimiento de un crédito en favor de persona distinta de las partes.

Por tanto, se trata de aquel supuesto de hecho en que una persona (estipulante) contrata con otra (promitente) que este último realice una prestación a favor de un tercero, llamado *beneficiario*. Hay que destacar que este esquema puede responder a cualquier tipo negocial. No es una categoría contractual concreta, sino que se puede aplicar a una pluralidad de contratos (seguros, renta vitalicia, transporte, alimentos, etc.).

Dos son las principales consecuencias que se derivan del artículo 1257.II CC: por un lado, permite despejar cualquier asomo de duda acerca de la admisibilidad de la categoría; por otro, precisa la transcendencia del consentimiento del beneficiario. En cambio, hay que darle una menor relevancia a la referencia a que se trate de alguna estipulación del contrato: nada impide que la totalidad de las prestaciones beneficien al tercero.

La perfección del contrato en favor de tercero requiere el consentimiento del promitente y del estipulante. Y desde ese momento, es exigible la prestación en favor del tercero. No es necesario para la perfección de ese contrato el consentimiento del beneficiario, por lo que no se trata de un negocio trilateral.

Entonces, ¿qué sentido tiene el consentimiento del beneficiario, al que alude el artículo 1257.II CC? La aceptación del beneficiario actúa como límite a la facultad de revocación de la estipulación en su favor: una vez producida esa aceptación, ya no puede revocarse. La aceptación se configura como una declaración de voluntad unilateral y recepticia que se debe poner en conocimiento del promitente, y que nada impide que se comunique también al estipulante.

### 5.5.2. Relaciones derivadas del contrato en favor de tercero

Entre promitente, estipulante y beneficiario pueden verificarse las siguientes relaciones:

1) **Relación de cobertura (relación entre estipulante y promitente).** Son los efectos típicos del contrato celebrado, aunque la prestación sea a favor del beneficiario.

Hasta la aceptación del beneficiario, el promitente y el estipulante pueden modificar (por ejemplo, designando a otro beneficiario, que puede ser el propio estipulante) o extinguir el contrato. Tras la aceptación del beneficiario, el promitente y el estipulante ya no pueden incidir en el derecho del beneficiario.

2) **Relación causal o de valuta (relación entre estipulante y beneficiario).** Esta relación explica por qué el estipulante desea favorecer al beneficiario: puede ser una *causa donandi*, una *causa credendi* o una *causa solvendi*. Esta relación no afecta al promitente, pero determina las consecuencias que el negocio producirá entre el estipulante y el beneficiario (por ejemplo, en caso de *causa donandi*, se aplicará el régimen de donaciones).

3) **Relación entre promitente y beneficiario.** La principal consecuencia de la estipulación en favor de tercero es que el beneficiario puede exigir al promitente el cumplimiento de la prestación. Se hace necesario identificar qué excepciones puede alegar el promitente frente a la reclamación del beneficiario. El promitente puede oponer eficazmente las excepciones derivadas de las condiciones objetivas del derecho del beneficiario y las derivadas del contrato mismo del que el beneficiario deriva su derecho. En cambio, no son oponibles las excepciones derivadas de cualquier otra relación entre promitente y estipulante y las derivadas de la relación entre beneficiario y estipulante.

## 5.6. El contrato para persona que se designará

### 5.6.1. Delimitación del contrato para persona que se designará

Esta modalidad carece de regulación en el Código civil, aunque ha tenido una cierta difusión en el tráfico jurídico, sobre todo el relativo a la compraventa inmobiliaria.

Se considera **contrato para persona que se designará** aquel supuesto de hecho en el que una persona (estipulante) se reserva la facultad de elegir (*electio*), dentro de un plazo, a un tercero que lo sustituya en su posición contractual, de manera que quedará vinculado con la otra parte del contrato (promitente) y desligado el estipulante.

Este esquema puede responder a cualquier tipo negocial, siempre que sea admisible la sustitución. No es tampoco, como el contrato en favor de tercero, una categoría contractual concreta, sino un esquema aplicable a una diversidad de relaciones contractuales, aunque se suele emplear en contratos de compraventa.

### **5.6.2. Efectos del contrato para persona que se designará**

La perfección del contrato se produce con el consentimiento del estipulante y del promitente, sin que en ese momento sea necesario el consentimiento de la persona que se designará en un momento posterior.

Es importante resaltar que no existen dos contratos sucesivos, sino un solo contrato con contratantes alternativamente determinados que produce un *iter* contractual con dos fases, la anterior a la *electio* y la posterior.

La *electio*, que es el acto por el que el estipulante designa a la persona que le sustituye en el contrato, debe comunicarse al promitente y contar con el consentimiento de la persona designada. Debe efectuarse en el plazo pactado y, en cualquier caso, antes del cumplimiento del contrato.

La falta de ejercicio de la *electio* supone la vinculación definitiva del estipulante. El ejercicio de la *electio* supone la vinculación de la persona designada y la desvinculación del estipulante.

## **5.7. Contrato con promesa del hecho de un tercero**

### **5.7.1. Delimitación del contrato con promesa del hecho de un tercero**

Carente de regulación en el Código civil, el **contrato con promesa del hecho de un tercero** es aquel contrato en el que una de las partes contratantes (promitente) se obliga frente a la otra (promisario) a que un tercero entregue alguna cosa o preste algún servicio.

Esta modalidad ha gozado de cierta difusión por la frecuencia con que los profesionales actúan mediante fórmulas societarias.

El promitente asume frente al promisario el riesgo de que el tercero no cumpla, pero el promitente no actúa como representante del tercero (porque entonces ese tercero no sería tal, sino que sería parte del contrato) y tampoco se compromete a realizar la prestación en lugar del tercero. Así pues, la prestación del promitente constituye una prestación de garantía.

### 5.7.2. Efectos de la promesa del hecho de tercero

En cuanto a los efectos de la promesa, pueden señalarse dos fases distintas:

- 1) Antes de que el tercero acepte cumplir lo prometido, el promitente soporta el riesgo de que el tercero rehúse.
- 2) Después de la aceptación del tercero, el promitente queda liberado de su obligación.

## 5.8. El contrato en daño de tercero

### 5.8.1. Delimitación del contrato en daño de tercero

Se habla de **contrato en daño de tercero** para identificar aquellos supuestos en los que la celebración de un contrato perjudica a una persona (tercero) que no es parte de este.

Como es evidente, no se trata de una modalidad contractual, sino de una patología contractual. Pero para que pueda hablarse de contrato en daño de tercero debe darse una lesión inmediata y directa de los derechos del tercero, sin que baste con que el contrato cause efectos desfavorables a un tercero.

### 5.8.2. Grupos de casos de contratos en daño de tercero

A la hora de determinar las consecuencias jurídicas del contrato en daño de tercero, es necesario distinguir dos hipótesis:

- 1) Si la finalidad de causar un daño a tercero es común a ambas partes del contrato, nos hallamos ante un **supuesto de causa ilícita**, que supone la nulidad de dicho contrato (arts. 1275, 1305 y 1306 CC). Esa nulidad puede ser instada por el tercero perjudicado.



2) Si la finalidad de causar un daño a tercero solo concurre en una de las partes y la otra la desconoce, causalmente el contrato es válido, pero no puede descartarse que el contrato en daño a tercero sea nulo por contradicción con una norma imperativa, en especial las que tutelan la competencia (Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia).

La posición del tercero perjudicado difiere en función de si antes estaba vinculado o no con alguna de las partes del contrato celebrado con la finalidad de perjudicarlo:

1) Si el tercero perjudicado y uno de los contratantes eran partes de otro contrato, el tercero podrá dirigirse contra el contratante con el que se hallaba vinculado por responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y contra el otro contratante, por responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC).

2) Si el tercero perjudicado no tenía vinculación contractual con ninguno de los contratantes, puede reclamar, con fundamento en la responsabilidad extracontractual contra ambos contratantes (art. 1902 CC), cuya responsabilidad será solidaria.

## **5.9. El subcontrato**

### **5.9.1. Delimitación del subcontrato**

El **subcontrato** es el contrato dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, en el que uno de los contratantes, en vez de asumir o disfrutar en persona las prestaciones derivadas del contrato, acuerda con un tercero la asunción o el disfrute de esas prestaciones, tanto en lo que se refiere a derechos como obligaciones, sea total, sea parcialmente.

Con carácter general, el Código civil no regula el subcontrato, pero no desconoce la figura por cuanto tiene diferentes aplicaciones en relación con diversos tipos de contrato. Podemos encontrar casos de subcontrato en relación con el arrendamiento de cosas (arts. 1550, 1551 y 1552 CC), el contrato de obra (art. 1597 CC; esta problemática ha dado lugar incluso a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción) y el mandato (arts. 1721 y 1722 CC). Los casos de subcontrato previstos en la legislación arrendaticia presentan una gran transcendencia práctica: arrendamiento de vivienda (art. 8 LAU), arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 32 LAU) y arrendamiento rústico (art. 23 LAR).

La característica principal del subcontrato estriba en que genera una nueva relación contractual, manteniendo el contrato entre las partes originarias, a diferencia de la cesión de contrato, que, como veremos, supone la transferencia de una posición contractual, con lo que se sustituye a una de las partes originarias. Así, el subcontrato entraña una concatenación y pluralidad de relaciones contractuales.

### 5.9.2. Efectos del subcontrato

El problema fundamental que se plantea en torno al subcontrato estriba en determinar las consecuencias que las vicisitudes del subcontrato pueden tener en el contrato originario y viceversa.

Con carácter general, debe decirse que el contrato originario es inmune a las vicisitudes del subcontrato. La extinción del subcontrato no afecta a la vigencia del contrato originario. En cambio, las vicisitudes del contrato originario sí afectan al subcontrato en la medida en que este depende de aquel.

¿Hasta qué punto es admisible que quienes no son parte del mismo contrato puedan dirigirse una contra otra? ¿Puede quien no es parte del contrato originario reclamar contra quien solo es parte de ese contrato? En algunos supuestos, se admite el ejercicio de la acción directa (arts. 1552, 1597 y 1722 CC), aunque no se considera posible su aplicación analógica a otros casos. En cualquier caso, los interesados siempre podrán hacer valer sus derechos mediante la acción subrogatoria (art. 1111 CC).

## 5.10. La cesión de contrato

### 5.10.1. Delimitación de la cesión del contrato

La **cesión del contrato** supone la transmisión a un tercero (cesionario) de la posición contractual íntegra de uno de los contratantes (cedente). Como consecuencia de ello, el cedente se desprende de los derechos y las obligaciones contractuales, que son asumidos por el cesionario.

También carente de regulación general en el Código civil, el fundamento de esta posibilidad se encuentra en el principio de autonomía privada del artículo 1255 CC, supeditado, claro está, a la transmisibilidad del contenido contractual. Por el contrario, la cesión del contrato sí está prevista en determinadas relaciones contractuales: arrendamiento de vivienda (art. 8 LAU), arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 32 LAU) y arrendamiento rústico (art. 23 LAR).

La cesión de contrato puede obedecer a una pluralidad de causas, sin que se identifique con un tipo contractual concreto.

Para la perfección del contrato, es necesaria la concurrencia de tres consentimientos: el del cedente, el del cesionario y el del contratante cedido. Se trata, pues, de un negocio plurilateral.

Conviene destacar que el consentimiento del contratante cedido (el que permanece en el contrato originario) no es un simple requisito de eficacia, sino un elemento que afecta a la existencia de la cesión.

### **5.10.2. Efectos de la cesión del contrato**

En cuanto a los efectos de la cesión del contrato, es preciso distinguir tres planos distintos:

**1) Efectos entre cedente y cesionario.** Es cuestión discutida si el cedente está obligado a garantizar al cesionario la existencia y la validez del contrato cedido (art. 1528 CC). En cualquier caso, la responsabilidad del cedente ante el cesionario puede enfocarse no como consecuencia de una obligación de garantía, sino como consecuencia de la ineficacia del negocio de cesión.

Salvo pacto expreso, el cedente no garantiza al cesionario el cumplimiento del contrato por parte del contratante cedido.

**2) Efectos entre cedido y cesionario.** Como consecuencia de la cesión, asumen recíprocamente la figura de partes del contrato cedido y la totalidad de los correspondientes derechos y obligaciones derivados de él.

En cuanto a las excepciones oponibles por el contratante cedido frente al cesionario, se consideran admisibles las derivadas del propio contrato objeto de cesión; e inadmisibles las derivadas de cualquier otra relación entre cedente y cedido, salvo que este se las hubiera reservado expresamente al consentir la cesión.

**3) Efectos entre cedido y cedente.** El cedente, salvo que exista manifestación en contrario, queda liberado de las obligaciones procedentes del contrato que se cede. Ahora bien, esta liberación no tiene efecto retroactivo (eficacia *ex nunc* y no *ex tunc*).

En torno a las garantías del contrato originario se plantea un problema especial: ¿cómo afecta la cesión a las garantías prestadas en relación con el contrato originario? La solución más adecuada pasa por diferenciar quién prestó dichas garantías:

- a) Si las garantías fueron prestadas por un tercero, debe entenderse que esas garantías se extinguen por la cesión, salvo que el garante consienta su mantenimiento.
- b) Si las garantías han sido prestadas por el contratante cedente, debe entenderse que subsisten tras la cesión, salvo que el contratante cedido admita la liberación del garante.

## 6. La ineficacia del contrato

### 6.1. Preliminar: ineficacia e invalidez del contrato

#### 6.1.1. Delimitación de la ineficacia contractual: su relación con la invalidez

Por lo general, los contratos despliegan los efectos que les son típicos, conforme han sido diseñados por el ordenamiento jurídico o las partes. Sin embargo, en ocasiones los contratos pueden no producir esos efectos por diversas circunstancias.

Se habla entonces de **ineficacia del contrato** para identificar esas situaciones en las que el contrato no despliega efectos, no despliega los efectos correspondientes a su naturaleza o no despliega todos los efectos previstos en un principio.

Doctrinalmente se discute si esa categoría de la ineficacia es distinta o no y, en su caso, qué puntos de contacto puede presentar con la invalidez del contrato. La **invalidez del contrato** pretende situarse en un plano distinto al de la producción de efectos, ya que toma en consideración si del contrato en cuestión surge el vínculo contractual o no.

Desde esta perspectiva, se dice que el contrato inválido no vincula a las partes, al negarse la fuerza jurídica vinculante del contrato.

Así planteada, no parece que la discusión sea demasiado provechosa: el vínculo contractual también es un efecto del contrato, y si de un contrato no surge ese vínculo, mal podrán derivarse otros efectos. Con ello, resulta que todo contrato inválido es ineficaz. Ahora bien, como veremos, existen otras causas de ineficacia que no se basan en la negación de la existencia del vínculo jurídico contractual.

#### Rescisión

Claramente, el artículo 1290 CC permite la rescisión, que es un tipo de ineficacia, de «[l]os contratos válidamente celebrados».

Por lo tanto, debemos concluir que la invalidez implica ineficacia del contrato, pero no siempre la ineficacia se basa en la invalidez del contrato. La invalidez acostumbra a ser un modo de referirse a supuestos de ineficacia inicial. En el fondo, pues, de lo que se trata es de determinar las diferentes formas de ineficacia (provengan o no de invalidez) que pueden incidir en un contrato.

### 6.1.2. Supuestos de ineficacia contractual

¿Cuáles son las situaciones que pueden suponer la ineficacia del contrato? La ineficacia no tiene un tratamiento unitario en el Código civil, que además emplea una terminología no siempre demasiado precisa. Por ello, ha sido la doctrina la que se ha esforzado en perfilar esas situaciones.

Al tratarse de una categoría sobre todo doctrinal, debe tenerse en cuenta que pueden existir diferencias entre las enumeraciones efectuadas por los diversos autores:

- La nulidad.
- La anulabilidad.
- La rescisión.
- La resolución.
- La denuncia.
- El mutuo disenso.

Aunque dan lugar a la ineficacia del contrato, pueden excluirse de este análisis los casos en que la ineficacia depende del juego de condiciones suspensivas o resolutorias, ya que los efectos se producen o dejan de producirse precisamente en función del contenido negocial. Dada su falta de carácter general, la revocación de las donaciones o su reducción por inoficiosidad se analizan en sede de donaciones.

### 6.1.3. Clases de ineficacia

Una vez efectuada esta enumeración, conviene indicar que en la doctrina, para poner de relieve las coincidencias y las diferencias entre cada una de esas situaciones, se acostumbra a distinguir entre clases de ineficacia.

1) Se distingue entre una ineficacia **originaria** y **sobrevenida**, según la causa concurra en el momento de celebración del contrato o aparezca en un momento posterior.

2) También se diferencia entre una ineficacia **estructural**, cuando la causa de ineficacia afecta a la propia estructura del contrato, es decir, a sus elementos esenciales, o **funcional**, cuando la causa de la ineficacia no se encuentra en la estructura, sino en el desarrollo del contrato.

3) Se habla de ineficacia **total** cuando afecta a la totalidad del contrato y **parcial** cuando solo incide en algunas cláusulas o partes del contrato, manteniendo la validez del resto (lo que suscita un problema de integración contractual).

4) La ineficacia también puede ser **absoluta** o **relativa**; la primera es general, por lo que cualquier persona interesada puede impugnar el contrato; la segunda supone que la eficacia o ineficacia del contrato se deja en manos de determinadas personas.

5) La ineficacia puede ser **automática** o **provocada**, en función de que la ineficacia opere cuando concurren determinados requisitos, con independencia de la voluntad de los interesados, o, por el contrario, a la concurrencia de esos requisitos se deba añadir una manifestación de voluntad de quien esté legitimado.

6) Por último, la ineficacia puede ser **sanable** o **insanable**, según quepa la posibilidad de propiciar la eficacia del contrato, o la ineficacia sea irreversible.

## 6.2. Los tipos de ineficacia: el tratamiento de la nulidad y la anulabilidad en el Código civil español

### 6.2.1. El planteamiento de la ineficacia en el Código civil y en la jurisprudencia

En vano se buscará en el Código civil una exposición de qué debe entenderse por nulidad y anulabilidad. El Código civil, aunque ni la jurisprudencia ni la doctrina mayoritaria hayan asumido ese planteamiento, parece asentar la distinción fundamental en otras dos categorías: la inexistencia y la nulidad.

No debemos caer en la confusión de pensar que la nulidad de la que habla el Código civil equivale sin más a la nulidad que construye la jurisprudencia. A continuación veremos que esa nulidad del Código civil está más cerca de lo que la jurisprudencia denomina «anulabilidad», y que la inexistencia del Código civil se aproxima a la nulidad jurisprudencial.

Hablamos de inexistencia porque el Código civil, en el artículo 1261, dice que «[n]o hay contrato sino cuando concurren» el consentimiento, el objeto y la causa. En consecuencia, si en un contrato falta uno de esos requisitos (esenciales, según la rúbrica del capítulo II de ese título), no hay contrato, esto es, nos encontramos ante una mera apariencia de contrato (**inexistencia de contrato**).

#### Nota

Prescindimos ahora del análisis de la resolución del contrato porque ya se ha analizado con ocasión del incumplimiento de las relaciones obligatorias sinagmáticas.

En cambio, cuando en un contrato sí concurren esos requisitos esenciales, pero adolece «de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley», conforme señala el artículo 1300 CC, ese contrato puede ser anulado. Observemos que esa previsión se encuentra en un capítulo que el Código civil dedica a la **nulidad de los contratos**, y que en ese articulado solo se habla de nulidad y no se menciona la anulabilidad.

En consecuencia, el diseño legal se articula con arreglo a esas dos categorías (inexistencia y nulidad), pero desde bien temprano la jurisprudencia prefirió inclinarse por las de nulidad y anulabilidad, y se modificó el contenido de cada una de ellas.

Es cierto que el diseño legal del Código civil presentaba un problema de importancia: no había previsión alguna acerca del régimen jurídico del contrato en el que no concurrían los requisitos esenciales (el artículo 1300 CC y siguientes debían referirse a los contratos en los que sí concurrían esos requisitos esenciales, pero viciados). Acaso pudiera pensarse que ese contrato (o esa mera apariencia de contrato) no podía tener ningún efecto, y por ello no era necesario prever su régimen jurídico. Pero la realidad demuestra que incluso los contratos en los que falta alguno de esos requisitos esenciales pueden ser ejecutados y cumplidos, con lo que sí se plantea la necesidad de determinar quién puede ejercitar las acciones correspondientes, en qué plazo y con qué efectos.

Todo ello explica que la jurisprudencia buscara acomodo para ese régimen jurídico en las reglas previstas para la nulidad de los contratos, aun teniendo que forzar la terminología hasta un extremo en el que la confusión resulta ingobernable. Los términos literales empleados por el Código civil resultan de escasa ayuda, pues debe analizarse a qué tipo de invalidez se refiere cada supuesto de hecho para poder calificarlo de manera adecuada.

La importante labor jurisprudencial en orden a la construcción de las categorías de nulidad y anulabilidad ha desembocado en la decantación de una serie de criterios distintivos entre ambas figuras en punto a la legitimación (quién puede ejercitar la acción y contra quién), el plazo de ejercicio y los efectos de las acciones. Una vez calificado el supuesto como nulidad o anulabilidad, por lo general esta doctrina jurisprudencial se aplica en su integridad, prescindiendo en ocasiones de los matices que impone cada supuesto concreto.

Como criterio general, siquiera aproximativo, se considera que la **nulidad** es la categoría que corresponde a la protección del interés público, y que, por el contrario, la **anulabilidad** se acomoda mejor a las situaciones en que se pretende tutelar un interés privado. Por eso se denomina también *nulidad de protección*.



## **6.2.2. Las acciones relativas a la ineficacia: acción declarativa y acción restitutoria**

Tanto por lo que se refiere a la nulidad como a la anulabilidad se distinguen dos acciones diferentes:

1) **La acción declarativa:** mediante esta acción se pretende que el tribunal declare la concurrencia de un supuesto de invalidez, con lo cual carecerá de fundamento cualquier pretensión que exija el cumplimiento del contrato.

2) **La acción de repetición o de restitución:** con esta acción se pretende que las prestaciones ejecutadas (sean de dar, hacer o no hacer), con fundamento en el contrato inválido, sean restituidas a quien dio cumplimiento a ese contrato.

La preocupación del Código civil, en sus artículos 1300 y siguientes, es sobre todo el régimen jurídico de la acción de restitución. La acción declarativa no tiene plasmación alguna en el Código civil por cuanto su construcción técnica es de origen posterior a este.

En la práctica, la mayoría de los litigios versan sobre acciones de restitución porque, una vez total o parcialmente cumplido, es cuando el contrato ineficaz genera perjuicio a una de las partes. Una acción meramente declarativa (sin que se haya producido ningún tipo de cumplimiento) solo tiene sentido como medida preventiva (para evitar que luego se pueda reclamar el cumplimiento) o como reacción frente a la pretensión de cumplimiento forzoso (una parte exige a la otra el cumplimiento contractual de sus obligaciones, y la demandada alega que el contrato es ineficaz).

## **6.3. La nulidad del contrato**

### **6.3.1. Delimitación de la nulidad del contrato**

La nulidad es, sin duda, la sanción más intensa que diseña el ordenamiento en relación con la ineficacia de un contrato. Teóricamente, implica que un contrato no produzca ninguna clase de efectos, sin necesidad de que esa ineficacia sea declarada por un órgano judicial.

Los caracteres de la nulidad del contrato son, según exponen la doctrina y la jurisprudencia, los siguientes:

1) Se trata de una ineficacia causada por un defecto estructural del contrato, en especial por la carencia de alguno de sus elementos esenciales o la infracción de normas imperativas o de la moral y el orden público.

2) Supone una absoluta carencia de efectos.

3) Tiene un alcance *ipso iure*, sin necesidad de pronunciamiento judicial. La sentencia que reconoce la nulidad tiene carácter declarativo, con una eficacia *ex tunc*, pues nunca ha producido efectos, y se constata una ineficacia ya existente.

4) Puede ser apreciada de oficio por los tribunales y puede ser alegada tanto por vía de acción como de excepción.

Por tanto, no se aplica por la vía procesal el principio dispositivo o de justicia rogada: los tribunales no pueden admitir la validez de un contrato que contradiga el ordenamiento jurídico básico. Y por eso el artículo 408.2 LEC establece una regla especial para el caso en que se alegue la nulidad. De todos modos, la apreciación de oficio encaja mal en las características del proceso civil y presenta problemas de compatibilidad con la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

5) Presenta un carácter definitivo e imprescriptible, sin posibilidad de subsanación ni convalidación. Sí se admite la «conversión» del contrato nulo, que supone una calificación distinta del contrato.

#### Conversión del contrato

La conversión del contrato es una consecuencia del principio de buena fe (art. 1258 CC) y del principio de conservación de los contratos, así como del criterio del artículo 1284 CC, que trata de dotar de efectividad al contrato. Para evitar la calificación de un contrato como nulo, interpretado y calificado conforme a los criterios ordinarios, se puede proceder de forma eventual a una calificación del supuesto nueva y distinta, para la que el contrato reúna los correspondientes requisitos y cuyos efectos permitan satisfacer el propósito o finalidad práctica de los contratantes.

#### Conversión del contrato

Por ejemplo, un comodato en el que se pacta un precio por la cesión de uso debe ser reputado nulo, pero es válido como contrato de arrendamiento de cosa (arts. 1740 y 1741 CC).

Trasladando estas notas a las clases de ineficacia, la **nulidad** se delimita como una ineficacia estructural, absoluta, automática e insanable, y puede ser total o parcial.

### 6.3.2. Las causas de nulidad

No existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en la identificación de las causas de nulidad, pero pueden señalarse los siguientes supuestos:

- 1) La falta de consentimiento, objeto o causa (art. 1261 CC).
- 2) La indeterminación o ilicitud del objeto (art. 1271 y sigs. CC).
- 3) La ilicitud de la causa (art. 1275 CC).
- 4) La falta de forma cuando sea necesaria con carácter sustancial.
- 5) La contravención de norma imperativa (art. 6.3 CC) o la vulneración de los otros límites de la autonomía privada (moral u orden público [art. 1255 CC]).

### 6.3.3. Régimen jurídico de la acción de nulidad contractual

Para perfilar el régimen jurídico de la acción de nulidad contractual, es necesario mencionar diversos extremos.

En cuanto a la **legitimación activa** (quién puede solicitar mediante demanda la nulidad del contrato), corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo.

La amplitud de la legitimación activa no significa que cualquier persona pueda demandar la nulidad: ha de acreditarse el interés legítimo, es decir, que esa persona obtenga cierta ventaja o evite cierto perjuicio como consecuencia de la nulidad.

Por lo que se refiere a la **legitimación pasiva** (contra qué personas debe dirigirse la demanda), es necesario demandar a todos los que han sido parte en el contrato cuya nulidad se pretende y a todos los que deriven derechos del contrato que se impugna.

¿Cuál es el plazo de ejercicio de la acción? Es necesario recordar la distinción apuntada entre acción de declaración y de restitución. La acción de declaración tiene carácter imprescriptible: el paso del tiempo no puede conferir validez al contrato que no la tenía ya de buen principio. Ahora bien, la acción de restitución está sometida al plazo general de prescripción de cinco años (art. 1964.2 CC), sin que quepa excluir la posibilidad de que las cosas objeto del contrato nulo sean usucapidas por el transcurso de los plazos legales.

Aunque, como hemos dicho, el contrato nulo no produce efectos jurídicos, y por lo tanto parece que no sería necesario analizar las consecuencias de la nulidad, en la práctica sí que es posible que, basándose en un contrato nulo, las partes hayan efectuado diversas prestaciones. Por ello, es necesario determinar qué sucede con tales prestaciones (en cuanto a las no efectuadas, la constatación de la inexistencia del vínculo contractual evita su cumplimiento).

### 6.3.4. Los efectos de la nulidad contractual

En cuanto a los efectos de la nulidad, la jurisprudencia aplica sobre todo las previsiones del artículo 1303 CC y siguientes. En consecuencia:

- 1) Los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas, con sus frutos e intereses (art. 1303 CC).
- 2) La restitución debe efectuarse en principio *in natura*, mediante la devolución de los mismos bienes que fueron objeto del contrato. Si esta restitución *in natura* no es posible (por ejemplo, se habían prestado servicios), debe restituirse el equivalente pecuniario (art. 1307 CC).

3) La obligación de restitución tiene carácter recíproco y debe ser cumplida al mismo tiempo (art. 1308 CC).

4) Además, el Código civil dicta reglas específicas (arts. 1305 y 1306 CC) para unos supuestos muy concretos de nulidad: la causa torpe, que distingue en función de dos factores:

- a) si la causa torpe es constitutiva de delito o no, y
- b) si la causa torpe es común a ambos contratantes o no.

### 6.3.5. La nulidad parcial del contrato

En el plano de los efectos, es preciso analizar si es admisible una nulidad parcial del contrato. El **principio de conservación del contrato** conduce a que, en la medida de lo posible, la nulidad no afecte a todo el contrato, sino solo a algunas de sus partes. De acuerdo con este criterio, debería producirse una nulidad parcial cuando fuera razonable. Pero también resulta defendible pensar que la voluntad de las partes es un todo y no puede mutilarse y alterarse, y que por tanto no cabe sino una nulidad que no sea siempre total.

A falta de admisión legal (en el Código civil se encuentran aplicaciones de ella en los artículos 1476 y 1691 CC), la nulidad parcial solo puede aceptarse si es conforme con la voluntad real o presumible de las partes. El problema que se suscita a continuación es cómo colmar ese déficit de regulación derivado de la nulidad parcial. Si la norma que ha determinado la nulidad parcial no establece una regla sustitutiva, se deben aplicar los criterios de integración del artículo 1258 CC.

### 6.3.6. La denominada *inexistencia contractual*

En algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha hablado de **inexistencia contractual** para referirse a aquellos contratos que no reúnen los requisitos del artículo 1261 CC, con lo que reservaba la denominación de *nulidad de pleno derecho* para los contratos contrarios a las leyes, en el sentido del artículo 6.3 CC. Ahora bien, de esa distinción terminológica no se suelen extraer consecuencias jurídicas relevantes.

La inexistencia no es un tipo particular de ineficacia, sino una forma de identificar algunos de los supuestos de hecho de la nulidad, caracterizados por una simple apariencia de contrato, pero sin que concurran sus requisitos estructurales.

## 6.4. La anulabilidad del contrato

### 6.4.1. Delimitación de la anulabilidad del contrato

La anulabilidad del contrato constituye un tipo de ineficacia que se pone a disposición de ciertas personas para facilitar la protección de determinados intereses, que se consideran dignos de tutela, con lo que esas personas tienen la facultad de producir la ineficacia del contrato.

La anulabilidad constituye un tipo de ineficacia que se configura por razones de protección de intereses individuales. No solo existe una limitación subjetiva en cuanto a las personas legitimadas para interponerla, sino que también existe una limitación temporal en cuanto al ejercicio de esa facultad de impugnación.

En la doctrina se ha discutido de forma amplia qué calificación merece un contrato aquejado de causa de anulabilidad: si la acción se ejercita, el contrato será inválido; si no se ejercita, el contrato será definitivamente válido. ¿Y cómo debe calificarse en tanto el legitimado no ha interpuesto la acción de anulación, pero dispone de plazo para interponerla? Se han mantenido al respecto diversas tesis y, en función de cuál se acoja, esa ineficacia podrá adscribirse a una clase de ineficacia u otra. La cuestión es muy dudosa.

Conforme ha señalado la jurisprudencia, la regulación de la anulabilidad aparece contenida en el artículo 1300 CC y siguientes, aunque la terminología empleada en ese lugar y en otros por el Código civil no puede ser tenida como precisa y rigurosa.

Los caracteres de la anulabilidad del contrato son, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, los siguientes:

- 1) Se trata de una ineficacia causada por un defecto estructural del contrato.
- 2) El contrato produce efectos mientras no sea anulado: en función de la postura que se mantenga la sentencia que anule el contrato será considerada como constitutiva aunque con efectos retroactivos o como declarativa. En ambos casos, si la sentencia anula el contrato, el contrato carece de efectos desde su celebración, y no solo desde la sentencia.
- 3) No puede ser apreciada de oficio y es necesario que sea alegada por la parte legitimada por vía de acción.
- 4) El contrato anulable es confirmable (arts. 1309 y sigs. CC), con lo que deviene definitivamente válido.

### 6.4.2. Las causas de anulabilidad del contrato

Las causas de anulabilidad pueden deducirse sobre todo de lo dispuesto en el artículo 1301 CC:

- 1) Los defectos de capacidad: personas con capacidad modificada judicialmente y menores de edad (art. 1263 CC).
- 2) Los vicios de la voluntad (art. 1265 CC).
- 3) La falta de consentimiento del cónyuge cuando este sea preciso (art. 1322.I CC).

La doctrina subraya que existen otros casos de anulabilidad en el derecho español, tanto en el ámbito del Código civil como en otras leyes. Por ejemplo, pensemos en las normas sobre impugnación de acuerdos de la junta de propietarios en régimen de propiedad horizontal (art. 18 LPH); en los contratos de crédito al consumo (arts. 16 y 21 de la Ley 16/2011, de 24 de junio); o en los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento mercantil (art. 100 TRLGDCU, que se basa en un incumplimiento del empresario y que alude también a la nulidad).

#### Supuesto de anulabilidad

A pesar de que el artículo 1265 CC, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 1300 CC y siguientes, habla de nulidad, es unánime su calificación como un supuesto de anulabilidad.

### 6.4.3. Régimen jurídico de la acción de anulabilidad contractual

El régimen jurídico de la acción de anulabilidad (o anulación) contractual se deriva de lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes.

En cuanto a la **legitimación activa**, en la medida en que se trata de un mecanismo de protección de determinados intereses, solo está legitimada la persona que es titular del interés concreto que se pretende proteger. Conforme al artículo 1302 CC, están legitimados:

- 1) En los casos de anulación por vicios del consentimiento, la persona que ha sufrido el vicio.
- 2) En los casos de anulabilidad por falta de capacidad, la persona que sufra el defecto de capacidad, cuando alcance la plena capacidad, y hasta ese momento sus representantes legales. El artículo 293 CC legitima al curador del pródigo y al propio pródigo, remitiéndose al artículo 1301 CC.
- 3) En los casos de anulación por falta de consentimiento conyugal, el cónyuge (o sus herederos) cuyo consentimiento se ha omitido.

Del mismo artículo 1302 CC se extrae también una regla negativa en orden a la legitimación activa: no pueden pretender la anulación las demás partes del contrato.

El artículo 1302 CC se refiere a los «obligados principal o subsidiariamente» en virtud del contrato como legitimados para impugnar. La concesión de legitimación para impugnar a los obligados subsidiarios plantea problemas de identificación.

Desde el punto de vista de la **legitimación pasiva**, la acción de anulación debe dirigirse contra todas las otras personas que hubieran sido parte del contrato anulado y contra todos los que deriven derechos del contrato que se impugna.

Por lo que se refiere al plazo de ejercicio, el artículo 1301 CC establece un plazo de cuatro años. Ese plazo se predica de la acción restitutoria, pero no de la acción declarativa, que es imprescriptible.

La cuestión más discutida es si ese plazo de cuatro años es de prescripción o de caducidad. La mayoría de la doctrina considera que se trata de un plazo de caducidad (y no de prescripción).

Otra cuestión es la posibilidad de alegar, sin sujeción a plazo, la anulabilidad del contrato cuando la otra parte reclama el cumplimiento de este.

Para el cómputo del plazo de ejercicio, es necesario diferenciar los diversos supuestos de anulación, porque el Código civil establece para cada caso un *dies a quo*:

- 1) En los casos de **anulación por intimidación o violencia**, el plazo comienza el día en que hubiera cesado el vicio.
- 2) En los casos de **anulación por error, dolo o falsedad de la causa**, el plazo comienza con la consumación del contrato, es decir, cuando se han ejecutado por completo las prestaciones a cargo de ambas partes. Esta regla ha sido matizada por la jurisprudencia cuando se refiere a contratos bancarios, financieros o de inversión.
- 3) En los casos de **anulación por falta de capacidad**, el plazo se inicia para el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente desde que se alcanza la mayoría de edad o se recupera la plena capacidad, respectivamente. Debemos tener en cuenta que mientras llega ese momento, los representantes legales pueden ejercitar la acción.
- 4) En los casos de **anulación por falta de consentimiento conyugal**, el plazo comienza desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo previo conocimiento suficiente de ese contrato.

#### Obligados subsidiarios

La doctrina suele identificar como obligados subsidiarios a los fiadores o garantes y, con más dudas, a los codeudores solidarios. Sin embargo, hay autores que lo niegan considerando que el defecto de capacidad o el vicio del consentimiento son excepciones puramente personales y que los fiadores o los codeudores solo pueden oponer una excepción dilatoria rechazando el pago mientras el deudor pueda impugnar.

#### 6.4.4. Los efectos de la anulación

Los efectos de la anulación están previstos en los artículos 1303, 1304, 1307 y 1308 CC, y de ellos se extraen las siguientes pautas:

- Los contratantes deben restituirse de forma recíproca las prestaciones efectuadas, con sus frutos e intereses (art. 1303 CC).
- En los casos de anulación por defecto de capacidad, la persona que sufre el defecto de capacidad solo está obligada a restituir en la medida en que se hubiera enriquecido con la cosa o precio recibido (art. 1304 CC).
- La restitución debe efectuarse en principio *in natura*, mediante la devolución de los mismos bienes que fueron objeto del contrato. Si esta restitución *in natura* no es posible (por ejemplo, se han transmitido bienes a terceros a los que no se puede exigir la restitución), debe restituirse el equivalente pecuniario (art. 1307 CC).
- La obligación de restitución tiene carácter recíproco y debe ser cumplida simultáneamente (art. 1308 CC).

#### 6.4.5. La confirmación del contrato anulable

Una característica del **contrato anulable**, a diferencia del contrato nulo, estriba en que es susceptible de confirmación.

La confirmación del contrato anulable se regula, con cierto detalle, en el artículo 1309 CC y siguientes.

Debe entenderse por **confirmación** la declaración unilateral de voluntad de quien está legitimado para el ejercicio de la acción de anulación, por la que convalida el contrato, de modo que se extingue desde entonces dicha anulación.

Todo contrato anulable es confirmable, y solo quien puede anular el contrato puede confirmarlo, puesto que, como dice el artículo 1312 CC: «[n]o necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad».

Para que sea eficaz la confirmación, es necesario (arts. 1310 y 1311 CC) que concurren ciertos requisitos:

- 1) Contrato anulable.



2) Conocimiento de la causa de anulación.

3) Cese de la causa de anulación.

La confirmación puede llevarse a cabo de forma expresa o tácita, según indica el artículo 1311 CC. Este mismo precepto señala que «hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo».

Es causa de extinción de la acción de anulación la pérdida dolosa o negligente de las cosas objeto del contrato, imputables a quien podía ejercitar la acción (art. 1314 CC).

En cuanto a los efectos de la confirmación, el Código civil ofrece dos reglas, una que pone el acento en la situación del contrato y otra que se fija en la acción de anulación. Por una parte, el artículo 1313 CC establece que: «[l]a confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Y, por otra, el artículo 1309 CC señala que «[l]a acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente».

Como consecuencia de ello, puede afirmarse que la confirmación tiene efectos retroactivos desde la celebración del contrato.

## 6.5. La rescisión del contrato

### 6.5.1. Delimitación de la rescisión del contrato

La rescisión del contrato está prevista sobre todo en el artículo 1290 CC y siguiente, y esa regulación presenta el inconveniente de unificar la disciplina de dos figuras que históricamente se encontraron diferenciadas: por un lado, los mecanismos de restitución en protección de menores, incapaces y otros sujetos; y, por otro, los supuestos de fraude de acreedores. Así, la rescisión se presenta como un efecto derivado de la concurrencia de una serie heterogénea de causas.

#### Concurso de acreedores

Tiene gran relevancia, aunque su estudio no sea oportuno aquí, el ejercicio de acciones rescisorias en caso de concurso de acreedores: artículos 71 a 75 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

La **rescisión** constituye un remedio jurídico que tiende a reparar un resultado injusto o contrario a derecho (lesión o fraude) que un contrato válido origina a determinadas personas, siempre que se den los requisitos legales, mediante el cese sobrevenido de su eficacia. Así pues, puede configurarse como un supuesto de ineficacia funcional y provocada.

#### Causa de la rescisión

La causa de la rescisión no está en la estructura del contrato, sino en sus consecuencias: el ordenamiento permite la ineficacia de estos contratos, a pesar de haberse celebrado de forma válida, porque se opone a admitir los perjuicios (básicamente, el fraude o la lesión) que generan.

Es necesario plantearse el sentido de la rescisión del contrato en el Código civil. A primera vista, la regulación de la rescisión resulta desconcertante: ¿cómo es posible que contratos que el propio Código civil califica de válidos y en los que no se ha producido ninguna clase de incumplimiento sean ineficaces? De ello puede deducirse enseguida el riesgo que supone la admisión de esta categoría: si se extiende en demasía la posibilidad de impugnar contratos válidos no incumplidos, se pone en cuestión la seguridad del tráfico.

En consecuencia, la rescisión solo puede operar con carácter excepcional (por eso el artículo 1294 CC establece su carácter subsidiario) cuando concurren en un contrato circunstancias que, para el ordenamiento jurídico, merezcan un reproche de tal calibre que ese contrato deba ser expulsado del tráfico.

Como veremos a continuación, los dos grandes grupos de causas de rescisión que reconoce el Código civil son la lesión y el fraude de acreedores. Además, se prevé la rescisión en caso de venta de cosas litigiosas y otros supuestos legalmente reconocidos. La enumeración de causas resulta muy heterogénea: si algo tienen en común es la existencia de un perjuicio para un contratante o para un tercero.

#### La rescisión por lesión

La lesión supone básicamente que el contrato produce un desequilibrio económico entre las partes en perjuicio de una de ellas. El problema de conferir relevancia a la lesión contractual estriba en que el Código civil, consecuente con su ideología liberal, renuncia a valorar la justicia del precio de los bienes o servicios: las partes contractuales son libres para determinar el precio que estimen oportuno para ellos. Todo intercambio libremente pactado se considera justo. El resultado de este enfoque es que, a diferencia de otros ordenamientos, no cabe en el Código civil con carácter general la rescisión por lesión, es decir, no cabe impugnar un contrato libre y voluntariamente celebrado, por muy perjudicial que sea para una de las partes.

El Código civil solo admite la **rescisión por lesión** cuando además concurren circunstancias que merecen una protección especial: cuando se trata de contratos celebrados por los tutores o los representantes del ausente, sin autorización judicial, y se haya producido una lesión en más de la cuarta parte del

#### Casos de rescisión

La excepcionalidad de esta previsión se ha traducido en una nula aplicación práctica de los casos de rescisión por lesión admitidos por el Código civil.

valor de las cosas objeto del contrato. El artículo 1293 CC subraya ese carácter excepcional de esta rescisión al indicar que, salvo los mencionados, ningún otro contrato se rescindirá por lesión.

Debe destacarse que, en caso de rescisión por lesión, el legitimado para impugnar el contrato es el representado por los tutores o el ausente, es decir, la persona que ha sufrido la lesión y de cuyo patrimonio ha salido el bien y a cuyo patrimonio debe retornar si esa transmisión se rescinde.

### **La rescisión por fraude**

El fraude de acreedores merece un enfoque completamente distinto. El ordenamiento pretende reaccionar frente a aquellos contratos en cuya virtud el deudor disminuye su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. La satisfacción del crédito depende de la solvencia del deudor, y esta depende de la consistencia de su patrimonio. El deudor puede disponer de sus bienes, pero si lo hace en perjuicio de sus acreedores, estos pueden, como hemos visto al analizar la acción pauliana o revocatoria, impugnar esos contratos o actos de disposición.

Como es evidente, la relevancia de la categoría depende del alcance que se dé a la noción de perjuicio y, entre otros factores, a la exigencia de un determinado elemento subjetivo en la actuación del deudor. La cuestión ha sido ampliamente tratada al estudiar la acción pauliana.

Debe destacarse que, en caso de **rescisión por fraude**, el legitimado para impugnar el contrato es el acreedor perjudicado, que no ha sido parte en el contrato que se pretende rescindir. En teoría, si el contrato se rescinde por fraude, la rescisión solo beneficia al acreedor impugnante, que podrá considerar que el bien no ha salido del patrimonio de su deudor y solo le beneficia en la medida necesaria para evitarle el perjuicio (manteniéndose la validez en el resto). Ahora bien, en la práctica, los tribunales acostumbra a inclinarse por la ineficacia de todo el acto fraudulento, de manera que no solo es ineficaz frente al acreedor impugnante, sino frente a cualquier acreedor.

#### **Rescisión por fraude**

La rescisión por fraude equivale a la acción revocatoria o pauliana, prevista en el artículo 1111 CC. Puede cuestionarse la necesidad de una doble previsión normativa, sobre todo cuando el coste de incluir el fraude de acreedores como causa de rescisión motiva el desdibujamiento de la categoría de la rescisión.

### **6.5.2. Los caracteres de la rescisión**

Los caracteres que presenta la rescisión son los siguientes:

- 1) La rescisión afecta a contratos válidamente celebrados (art. 1290 CC).
- 2) El contrato despliega su eficacia en tanto no sea rescindido.
- 3) La rescisión no opera de forma automática, sino que requiere que sea instada por la parte legitimada.

4) La rescisión tiene carácter subsidiario: solo se puede instar cuando se carezca de otro remedio (art. 1294 CC).

5) La acción de rescisión caduca a los cuatro años (art. 1299 CC).

### 6.5.3. Las causas de rescisión

Las causas de rescisión aparecen enunciadas en el artículo 1291 CC y pueden sistematizarse del siguiente modo:

1) Casos de rescisión por lesión:

a) Contratos celebrados por los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

b) Contratos celebrados por los representantes de los ausentes sin autorización judicial (art. 1296 CC), siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

#### Casos de rescisión por lesión

En realidad, los casos de rescisión por lesión que prevé el artículo 1291 CC tienen muy escasa aplicación: solo son rescindibles los actos que el tutor pueda realizar sin autorización judicial (arts. 271 y 272 CC); no son rescindibles los contratos celebrados por el propio menor o persona con capacidad judicialmente modificada, los contratos efectuados por el tutor con autorización judicial o los realizados por el tutor sin autorización judicial cuando esta fuere preceptiva. Lo mismo sucede con los contratos realizados por el representante del ausente: el caso más relevante es el de la enajenación y gravamen de los bienes del ausente y, como entonces se requiere autorización del secretario judicial, si esta falta, no cabe rescisión (art. 186 CC).

2) Casos de fraude de acreedores (arts. 1291.3.º y 1111 CC).

3) Contratos relativos a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

4) Otros supuestos en los que se prevea legalmente.

La enumeración de las causas de rescisión previstas en el Código civil tiene una consecuencia adicional, que, para mayor claridad, manifiesta el artículo 1293 CC afirmando que «[n]ingún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1291».

#### Casos de fraude

El Código civil facilita la acreditación del fraude presumiendo que existe cuando se trata de enajenaciones gratuitas o cuando se efectúan por persona contra la que se había pronunciado sentencia condenatoria o se había expedido mandamiento de embargo de bienes (art. 1297 CC).

También puede considerarse un caso de fraude de acreedores el previsto en el artículo 1292 CC: pagos hechos por un deudor en estado de insolvencia si la deuda es todavía inexigible.

La idea general que consagra el Código civil pone de manifiesto la exclusión de la posibilidad de impugnar el contrato porque el precio pactado sea sustancialmente inferior al valor de la cosa o servicio objeto del contrato. El criterio del Código civil es congruente con su planteamiento liberal, y evita además los graves inconvenientes que tiene la determinación del valor objetivo de los bienes. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada y en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), fijan libremente el precio (art. 13 LOCM).

#### Terminología del Código civil

Hay que destacar que la terminología del Código civil es en este punto enormemente confusa (siempre prefirió la elegancia literaria a la precisión técnica) y a lo largo del texto nos encontramos ante expresiones cuyo auténtico significado resulta difícil de delimitar.

#### 6.5.4. Régimen jurídico de la acción de rescisión

En cuanto al régimen jurídico de la acción de rescisión, debemos diferenciar diversas cuestiones.

La legitimación activa depende de cuál sea la causa de la rescisión:

- **Casos de rescisión por lesión:** están legitimados los representados por los tutores, o los ausentes.
- **Casos de fraude de acreedores:** están legitimados los acreedores perjudicados por el contrato o acto fraudulento.
- **Contratos relativos a cosas litigiosas:** están legitimados los terceros que mantienen un pleito sobre dicha cosa.

La legitimación pasiva también difiere según los supuestos. La rescisión se debe dirigir contra quienes fueron parte del contrato impugnado, así como contra quienes deriven derechos de dicho contrato (por ejemplo, subadquirentes). Conforme al artículo 1295.III CC, también parece prudente demandar al tutor o representante del ausente para establecer su responsabilidad.

El plazo de ejercicio de la acción de rescisión es de cuatro años (art. 1299 CC). Dicho plazo es de caducidad (y no de prescripción). El Código civil precisa desde cuándo se computan los cuatro años en caso de personas sujetas a tutela (desde que cesa la incapacidad) y de los ausentes (desde que se conozca su domicilio).

#### 6.5.5. Los efectos de la rescisión

En cuanto a los efectos de la rescisión, los artículos 1295 y 1298 CC permiten establecer las siguientes reglas:

- 1) Los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas, con sus frutos e intereses (art. 1295.I CC).

2) La restitución debe efectuarse *in natura*, mediante la devolución de los mismos bienes que fueron objeto del contrato. Si esta restitución *in natura* no es posible (por ejemplo, las cosas se hallan legalmente en poder de terceros de buena fe), se deben indemnizar los daños y perjuicios (arts. 1295.II y III, y 1298 CC).

3) La obligación de restitución tiene carácter recíproco y debe cumplirse al mismo tiempo.

4) Los terceros adquirentes que hayan procedido de buena fe no se ven afectados por la rescisión del contrato (art. 1295.II CC).

## 6.6. La denuncia del contrato

### 6.6.1. Delimitación de la denuncia del contrato

Aludimos a la **denuncia del contrato** para identificar aquellos supuestos en los que se permite la extinción del contrato por voluntad unilateral de una de las partes, y sin necesidad de alegación de causa alguna.

Así, queda en manos de uno de los contratantes determinar de manera sobrevenida la ineficacia *ex nunc* ('desde ahora') del contrato. Si la denuncia afecta a una relación plurilateral, puede suponer la extinción parcial solo para el que desiste, pero no necesariamente para los restantes miembros de la relación.

Esta facultad de denuncia contractual no está admitida en nuestro ordenamiento con carácter general. Solo se acepta en determinadas relaciones contractuales, caracterizadas por su duración indefinida (arts. 1700.4.º y 1705 CC), por un predominio de la confianza entre las partes (art. 1732 CC) o por su gratuidad (art. 1732 CC). En otras ocasiones se admite porque el interés contractual de quien desiste puede satisfacerse sin excesivo daño para la otra parte (art. 1594 CC); o porque se quiere proteger a quien quizá ha adoptado una decisión poco meditada (por ejemplo, en derecho del consumo). O se configura como un mecanismo para evitar las vinculaciones perpetuas (art. 1583 CC). No hay una razón única para justificar esa admisión.

### 6.6.2. Ejercicio y efectos de la denuncia

Hay que tener en cuenta que la diversidad de situaciones repercute en la diversidad de su régimen jurídico (preaviso, indemnización, retroactividad de la ineficacia). Pero con carácter general, puede indicarse que la denuncia de-

be efectuarse mediante una **declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio**, que debe ser puesta en conocimiento de las restantes partes de la relación contractual.

Aunque la facultad de denuncia del contrato opera *ad nutum*, sin necesidad de alegar causa o justificación alguna, es necesario que se realice con una antelación razonable y conforme a las exigencias de la buena fe. Una denuncia intempestiva o de mala fe puede dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.

Tiene carácter abusivo la cláusula que autorice al empresario a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con una antelación razonable. Pero son admisibles las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato (art. 85.4 TRLGDCU).

Los efectos de la denuncia del contrato no son retroactivos, sino para el futuro (*ex nunc*), y queda extinguida la relación desde el instante de la notificación o de la fecha futura que se indique en ella.

### **6.6.3. El desistimiento como mecanismo de protección de los consumidores**

En tiempos recientes, especialmente con la finalidad de intensificar la protección de consumidores y usuarios, se acostumbra a prever la posibilidad de que estos ejerzan el denominado *desistimiento de un contrato* ya perfeccionado.

Los artículos 68 a 79 TRLGDCU contienen un intento de ofrecer un régimen común para esa facultad de desistimiento. Pero conviene destacar que, en su configuración legal, no se predica de cualquier contrato celebrado por consumidores, sino solo de algunas relaciones contractuales.

Conforme al artículo 68.1 TRLGDCU: «[e]s la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase».

Son nulas las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento.

La facultad de desistimiento no está sujeta a forma alguna (art. 70 TRLGDCU) y el consumidor dispone de un plazo mínimo de catorce días naturales para su ejercicio (art. 71 TRLGDCU).

El ejercicio del derecho de desistimiento, regulado en el artículo 74 TRLGDCU, supone que las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 CC. El consumidor no debe rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea

consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio y, en cambio, tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

Además del derecho de desistimiento de origen legal, cabe un **derecho contractual de desistimiento**, previsto de manera muy simplificada en el artículo 79 TRLGDCU: el consumidor no tiene en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva. Y en ningún caso el empresario podrá exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento.

### 6.7. El mutuo disenso contractual

El **mutuo disenso** consiste en un acuerdo de voluntades de las partes orientado a dejar sin efecto o concluir una relación contractual existente.

Al amparo del principio de autonomía privada, las partes acuerdan la extinción de la relación (del mismo modo que en cualquier momento pueden modificar su contenido). Dado que se efectúa de mutuo acuerdo, no se requiere la concurrencia de causa o requisito alguno.

El mutuo disenso puede proyectarse a cualquier tipo de contrato.

Es necesario que el acuerdo extintivo cumpla los requisitos generales de todo contrato (art. 1261 CC) y que quienes lo otorgan estén legitimados para ello.

El mutuo disenso puede manifestarse de forma expresa o tácita.

El alcance de la ineficacia depende de lo acordado por las partes, que pueden convenir la extinción de la relación con efectos retroactivos o no, siempre dejando a salvo los derechos de terceros.



## Resumen

El contrato constituye una manifestación del principio de autonomía privada y se sustenta, por tanto, en la libertad contractual. Ahora bien, ese principio básico no puede prescindir de la existencia de situaciones en las que se deben establecer controles externos a las propias partes.

La estructura del contrato, es decir, sus elementos, determina su posible ineficacia. Es preciso tener en cuenta qué requisitos debe reunir un contrato para desplegar su eficacia con normalidad. Y en los casos patológicos, se deben comprender las ventajas y los inconvenientes de cada remedio, ponderando sus presupuestos y sus efectos.

A pesar de la diversidad existente en la práctica, las diversas fases adquieren relevancia en la formación del contrato, pues los problemas vinculados a cada una de ellas presentan perfiles distintos.

Del mismo modo, en cualquier supuesto resulta imprescindible conocer los mecanismos dispuestos legalmente para llevar a cabo la interpretación, la calificación y la integración del contrato.



## Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Se aplican las reglas sobre condiciones generales a un contrato de distribución de bebidas en el que la empresa mayorista impone unas cláusulas a la empresa minorista?
2. ¿Es obligatoria una condición general que, debido a la mala calidad de la fotocopia, no puede leerse?
3. ¿Se aplica el régimen general de cláusulas abusivas a los contratos entre empresarios?
4. ¿Es válida la donación aceptada por un menor de tres años?
5. ¿Es válido el contrato celebrado por el apoderado con él mismo, utilizando un poder en el que se le faculta para autocontratar, aunque se produzca conflicto de intereses?
6. En caso de simulación relativa, ¿siempre es válido el contrato disimulado?
7. Decidido a comprar un piso en el centro de la ciudad, los engaños del vendedor acerca del estado de las conducciones de agua suponen que acabe pagando diez mil euros más. ¿Puede anularse ese contrato?
8. ¿Es válida la donación de un bien inmueble realizada en documento privado?
9. ¿Es necesaria para su validez que la venta de un edificio valorado en cinco millones de euros conste en escritura pública?
10. ¿Se puede impugnar un contrato en el que el objeto es un servicio ilícito, al cabo de cuarenta años de su perfección?
11. ¿Puede ser objeto del contrato uno de los pisos que se van a construir en determinado edificio?
12. ¿Qué límites tiene la libertad contractual en el Código civil?
13. Un menor de diecisiete años suscribe un contrato de venta en el año 1989. ¿Podrá impugnarlo, por la causa de anulabilidad de que sufre, en el año 1998?
14. He conseguido engañar a mi vecino para que me venda su apartamento en la playa. Más tarde compruebo que lo he comprado a un precio muy superior al de mercado. ¿Puedo impugnar ese contrato por error?
15. ¿Podemos confirmar un contrato con causa ilícita?
16. ¿Se puede ejercer la acción de rescisión cuando el contrato es nulo?
17. He vendido mi plaza de garaje por diez mil euros. Más tarde constato que su precio de mercado es de cincuenta mil euros. ¿Puedo impugnar el contrato por esa diferencia de precio, conforme al Código civil español?

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

1. Sí, la Ley de condiciones generales de la contratación se aplica también a las condiciones generales entre empresarios (artículo 2.1 y 3 LCGC).
2. No, porque es ilegible (letra b del artículo 7 LCGC).
3. Como regla general, no, pero debe tenerse en cuenta el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
4. No, porque falta el requisito esencial del consentimiento.
5. Sí, teniendo en cuenta que el poderdante consiente el autocontrato aunque haya conflicto de intereses.
6. En principio sí, pero el contrato disimulado debe reunir todos los requisitos que el ordenamiento exija para su validez.
7. No, es un caso de dolo incidental, y solo da lugar a la indemnización de los daños causados (art. 1270.II CC).
8. No, porque es un supuesto de forma constitutiva (art. 633 CC).
9. No, se aplica el criterio general de libertad de forma (art. 1278 CC), a pesar del contenido literal del artículo 1280 CC, que ha sido matizado por la jurisprudencia.
10. Sí, ya que el contrato es nulo porque tiene un objeto ilícito, y la acción de nulidad es imprescriptible.
11. Sí, pueden ser objeto del contrato las cosas futuras, siempre que además se determine ese objeto (arts. 1271 y 1273 CC).
12. De acuerdo con el artículo 1255 CC, son las leyes, la moral y el orden público.
13. No, puesto que han transcurrido más de cuatro años desde que alcanzó la mayoría de edad, que fue el siguiente año (art. 1301 CC).
14. No, porque solo pueden impugnar el contrato por error o dolo quienes hayan sufrido el vicio y no quienes lo hayan causado (art. 1302 CC).
15. No, solo se pueden confirmar los contratos anulables (art. 1310 CC). Este, al poseer una causa ilícita, es nulo.
16. No, la acción rescisoria tiene carácter subsidiario cuando podemos ejercer otra acción y, en este supuesto, es posible la nulidad, con la consiguiente acción de restitución de la cosa entregada.
17. No, en el ámbito del Código civil español la rescisión por lesión solo se permite en los casos previstos en el artículo 1291 CC (art. 1293 CC).