
Las relaciones contractuales

PID_00263363

Jesús Estruch
Rafael Verdera

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 11 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

Introducción	9
Objetivos	10
1. Los contratos onerosos con función traslativa	11
1.1. Caracterización general de los contratos onerosos con función traslativa	11
1.2. Régimen jurídico básico del contrato de compraventa	11
1.2.1. Regulación general de la compraventa	11
1.2.2. Concepto legal y caracteres de la compraventa	12
1.2.3. Perfección del contrato de compraventa	13
1.2.4. La promesa de compraventa	13
1.2.5. Las compraventas a prueba y <i>ad gustum</i>	13
1.2.6. Gastos vinculados a la compraventa	14
1.2.7. Elementos personales del contrato de compraventa	14
1.2.8. Elementos objetivos del contrato de compraventa: cuestiones generales	15
1.2.9. Las obligaciones del vendedor: cuestiones generales	17
1.2.10. Las obligaciones del comprador	29
1.2.11. Los efectos de la compraventa	36
1.2.12. Regímenes especiales de compraventa	45
1.3. Régimen jurídico básico del contrato de permuta	47
1.3.1. Regulación general de la permuta	47
1.3.2. Caracterización legal de la permuta	47
1.3.3. Los elementos objetivos del contrato de permuta	48
1.3.4. La denominada <i>permuta de solar por obra futura</i>	48
2. Los contratos gratuitos con función traslativa	50
2.1. Caracterización general de los contratos gratuitos con función traslativa	50
2.2. Régimen jurídico básico de la donación	50
2.2.1. Regulación general de la donación	50
2.2.2. Concepto legal de donación	51
2.2.3. Naturaleza de la donación	51
2.2.4. Elementos personales de la donación	53
2.2.5. Elementos objetivos de la donación	53
2.2.6. Elementos formales de la donación	54
2.2.7. Perfección de la donación	55
2.2.8. Efectos de la donación	56
2.2.9. Revocación de la donación	56
2.2.10. Donaciones especiales	58

3. Los contratos de uso y disfrute	61
3.1. Caracterización general de los contratos de uso y disfrute	61
3.2. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento de cosas	61
3.2.1. Concepto legal y caracteres del arrendamiento de cosas	61
3.2.2. Elementos objetivos del contrato de arrendamiento de cosas	61
3.2.3. Elementos temporales del contrato de arrendamiento de cosas	63
3.2.4. Las obligaciones del arrendador	63
3.2.5. Las obligaciones del arrendatario	63
3.2.6. Régimen del subarriendo y de la cesión del contrato de arrendamiento de cosa	64
3.2.7. Supuestos especiales de terminación del arrendamiento de cosa: cuestiones procesales	64
3.3. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento urbano	65
3.3.1. Evolución legislativa en el ámbito de los arrendamientos urbanos	65
3.3.2. Arrendamiento urbano, de vivienda y de uso distinto al de vivienda	66
3.4. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento rústico	73
3.4.1. Evolución legislativa en el ámbito de los arrendamientos rústicos	73
3.4.2. Delimitación del arrendamiento rústico	74
3.4.3. Régimen aplicable al arrendamiento rústico	74
3.5. Régimen jurídico básico del contrato de comodato	76
3.5.1. Concepto general de préstamo	76
3.5.2. Concepto legal y caracteres del comodato	77
3.5.3. Posición del comodatario	77
3.5.4. Posición del comodante	78
3.5.5. Extinción del comodato	78
3.6. Régimen jurídico básico del precario	78
3.6.1. Delimitación del precario	78
3.6.2. Aspectos procesales del precario	79
4. Los contratos de servicios	80
4.1. Caracterización general de los contratos de servicios (en sentido amplio)	80
4.1.1. Relevancia económica y jurídica de los contratos de servicios	80
4.1.2. Contrato de servicios y contrato de obra	80
4.1.3. Contrato de servicios y contrato de mandato	81

4.2.	Régimen jurídico básico del contrato de prestación de servicios	82
4.2.1.	Regulación del contrato de servicios	82
4.2.2.	Concepto legal y caracteres del contrato de servicios	83
4.2.3.	Elementos y contenido del contrato de servicios	83
4.2.4.	La extinción del contrato de servicios	84
4.3.	Régimen jurídico básico del contrato de obra	85
4.3.1.	Regulación del contrato de obra	85
4.3.2.	Delimitación y caracteres del contrato de obra	85
4.3.3.	Los elementos personales del contrato de obra	86
4.3.4.	Contenido del contrato	87
4.3.5.	Las obligaciones del contratista	87
4.3.6.	Las obligaciones del comitente: el pago del precio	88
4.3.7.	Los riesgos en el contrato de obra	89
4.3.8.	Criterios específicos de extinción del contrato de obra	90
4.3.9.	Responsabilidades y garantías en el contrato de obra ...	90
4.4.	Régimen jurídico básico del contrato de mandato	93
4.4.1.	Regulación del contrato de mandato	93
4.4.2.	Otros contratos de cooperación: agencia y mediación	93
4.4.3.	Concepto legal de contrato de mandato	94
4.4.4.	La gestión de negocios ajenos sin mandato	94
4.4.5.	Caracteres del contrato de mandato	95
4.4.6.	Clases de mandato	95
4.4.7.	Elementos personales del contrato de mandato	96
4.4.8.	Las obligaciones del mandatario	96
4.4.9.	Las obligaciones del mandante	97
4.4.10.	Supuestos específicos de extinción del contrato de mandato	98
4.5.	Régimen jurídico básico del contrato de depósito	100
4.5.1.	Regulación del depósito y distinción de otros contratos	100
4.5.2.	Concepto legal de depósito	100
4.5.3.	Clases de depósito	100
4.5.4.	Delimitación y caracteres del contrato de depósito	100
4.5.5.	Elementos personales del contrato de depósito	101
4.5.6.	Depósito irregular, depósito necesario y depósito judicial	102
5.	Los contratos de financiación.....	104
5.1.	Caracterización general de los contratos de financiación	104
5.1.1.	Delimitación de los contratos de financiación	104
5.1.2.	Clases de contratos de financiación	104
5.2.	Régimen jurídico básico del contrato de préstamo	105
5.2.1.	Regulación del contrato de préstamo	105
5.2.2.	Concepto legal y caracteres del contrato de préstamo ..	105

5.2.3.	Diferencias entre préstamo y comodato	106
5.2.4.	Efectos del contrato de préstamo	106
5.3.	Régimen jurídico básico del contrato de crédito al consumo	107
5.3.1.	Delimitación del contrato de crédito al consumo	107
5.3.2.	Elementos personales del contrato de crédito al consumo	107
5.3.3.	Criterios básicos del contrato de crédito al consumo	107
5.4.	Régimen jurídico básico del contrato de <i>leasing</i>	108
5.4.1.	Finalidad y delimitación del contrato de <i>leasing</i>	108
5.5.	Régimen jurídico básico del contrato de <i>factoring</i>	108
5.5.1.	Finalidad y delimitación del contrato de <i>factoring</i>	108
6.	Los contratos societarios	110
6.1.	Caracterización general de los contratos societarios	110
6.1.1.	Delimitación de los contratos societarios	110
6.1.2.	Aspectos contractuales y asociativos	110
6.2.	Régimen jurídico básico del contrato de sociedad	110
6.2.1.	Regulación del contrato de sociedad civil	110
6.2.2.	Concepto legal y caracteres del contrato de sociedad civil	111
6.2.3.	Clasificaciones de las sociedades	111
6.2.4.	Adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil	112
6.2.5.	Actuación de la sociedad civil	113
6.2.6.	Responsabilidad de los socios	113
6.2.7.	Extinción de la sociedad civil	114
6.3.	Régimen jurídico básico del contrato de <i>aparcería</i>	114
6.3.1.	Delimitación de los contratos de <i>aparcería</i>	114
7.	Los contratos aleatorios	115
7.1.	Caracterización general de los contratos aleatorios	115
7.1.1.	La categoría de los contratos aleatorios	115
7.1.2.	Concepto legal de contrato aleatorio	115
7.2.	Régimen jurídico básico del contrato de alimentos	116
7.2.1.	Concepto legal y caracteres del contrato de alimentos	116
7.2.2.	Elementos personales del contrato de alimentos	116
7.2.3.	Contenido del contrato de alimentos	116
7.2.4.	Reglas en caso de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos	116
7.3.	Régimen jurídico básico del contrato de juego y apuesta	117
7.3.1.	Regulación del contrato de juego y apuesta	117
7.3.2.	Criterios básicos del contrato de juego y apuesta	117
7.4.	Régimen jurídico básico del contrato de renta vitalicia	118
7.4.1.	Concepto legal y caracteres del contrato de renta vitalicia	118
7.4.2.	Elementos personales del contrato de renta vitalicia	118

7.4.3.	Contenido del contrato de renta vitalicia	118
7.4.4.	Reglas en caso de incumplimiento de la obligación de pago de la pensión	118
7.5.	Régimen jurídico básico del contrato de seguro	119
7.5.1.	Concepto legal y caracteres del contrato de seguro	119
7.5.2.	Criterios básicos del contrato de seguro	119
8.	Los contratos relativos a la resolución de controversias.....	120
8.1.	Controversias y mecanismo de solución	120
8.1.1.	Régimen jurídico básico del contrato de mediación	120
8.1.2.	Régimen jurídico básico del contrato de transacción	121
8.1.3.	Régimen jurídico básico de los contratos vinculados al arbitraje	123
	Resumen.....	125
	Ejercicios de autoevaluación.....	127
	Solucionario.....	128

Introducción

Al introducir el módulo «Teoría general del contrato», comentábamos que no existe el contrato en abstracto, sino relaciones contractuales concretas. Después de haber expuesto las notas comunes a todas las relaciones contractuales, es necesario abordar las particularidades que concurren en cada una de ellas.

Existen muchas formas de organizar la exposición de las relaciones particulares (por ejemplo, se puede seguir la propia ordenación del Código civil o tomar en consideración la importancia práctica o económica de cada contrato). El criterio que se va a seguir aquí pone el acento en la función económico-jurídica que desempeña cada contrato. Agruparemos y analizaremos los diversos contratos destacando qué función cumplen (¿qué necesidades de los particulares están destinados a cumplir?) y en qué medida esa función condiciona de un modo u otro su régimen jurídico (por ejemplo, ¿son idénticas las exigencias de capacidad para contratar cuando se puede producir una traslación de la propiedad o cuando solo se cede el uso de un bien por un tiempo?).

Por ello, distinguiremos entre contratos onerosos y gratuitos con función traslativa, contratos de uso y disfrute, contratos de servicios, contratos de financiación, contratos societarios, contratos aleatorios y contratos para la resolución de controversias. No se incluyen referencias a los contratos de garantía, ya que han sido expuestos con todo detalle en el módulo «La dinámica de la relación obligatoria».

Debemos tenerse en cuenta que toda ordenación tiene algo de arbitrariedad. Por ejemplo, se separa el análisis de los contratos onerosos y gratuitos cuando tienen función traslativa, pero no, en cambio, cuando se trata de contratos de cesión del uso y disfrute. En este caso, la razón para ello estriba en la importancia adquirida por la compraventa y la permuta por un lado, y la donación por otro.

Además, los criterios de clasificación no son homogéneos, y ciertos contratos son susceptibles de ser incluidos en diversas categorías. Por ejemplo, también el contrato de obra, el préstamo o la renta vitalicia son traslativos de la propiedad, aunque no se expongan junto a la compraventa, la permuta o la donación. O los contratos de aparcería pueden enfocarse también como contratos de cesión del uso, junto a los arrendamientos rústicos.

Objetivos

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

1. Delimitar las funciones económico-sociales asignadas a cada contrato, así como los ámbitos de aplicación de los diferentes regímenes jurídicos, apuntando los criterios de aplicación del Código de comercio.
2. Resaltar los caracteres de cada relación contractual para propiciar el establecimiento de coincidencias y divergencias entre ellas.
3. Identificar los elementos básicos de carácter personal, objetivo y formal de cada contrato.
4. Distinguir los efectos de cada relación contractual, haciendo hincapié en los mecanismos de protección de las partes contractuales.
5. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos con función traslativa de la propiedad.
6. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos de uso y disfrute, con particular atención a las claves de la legislación de arrendamientos urbanos y rústicos.
7. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos de servicios y ser consciente de su importancia actual creciente.
8. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos de financiación, subrayando la pluralidad de modalidades atípicas que surgen en la práctica.
9. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos societarios y precisar su marco fundamental en relación con las formas mercantiles.
10. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos aleatorios.
11. Identificar los caracteres generales y el régimen jurídico básico de los contratos relativos a la solución de controversias.

1. Los contratos onerosos con función traslativa

1.1. Caracterización general de los contratos onerosos con función traslativa

En el ordenamiento español, existe una serie de contratos onerosos que pueden producir como efecto una transmisión de la propiedad de los bienes que constituyen su objeto. En este epígrafe nos ocupamos de los más característicos y más directamente encaminados a producir ese efecto, pero hay otros contratos que pueden tener como consecuencia una modificación del titular de determinado bien, como el contrato de obra o el préstamo. En este epígrafe nos ocuparemos tan solo de la compraventa y la permuta.

Conviene tener en cuenta que en el derecho español no es suficiente la concurrencia de uno de esos contratos para que se produzca efectivamente la transmisión de la propiedad. A diferencia de otros sistemas, característicos de otros países, en el derecho español se aplica el **sistema de título y modo**.

En consecuencia, el contrato se mueve en un plano jurídico obligatorio (como fuente de obligaciones), pero en el plano jurídico real (en el de la transmisión de la propiedad) se requiere que concurra la entrega o tradición de la cosa.

Como se deduce de los artículos 609.II y 1095 CC, la adquisición de la propiedad no se produce simplemente con el contrato de compraventa o permuta (título), sino que además se requiere la entrega o tradición de la cosa (modo). Por ello, perfeccionada la compraventa, y antes de la entrega, el comprador no es propietario, sino mero acreedor de la obligación de entrega.

Como veremos a continuación, la tradición se puede producir mediante entrega efectiva de la cosa, pero se admiten otras formas distintas a las que se dota de la misma eficacia que a la entrega material (arts. 1462 a 1464 CC).

1.2. Régimen jurídico básico del contrato de compraventa

1.2.1. Regulación general de la compraventa

El régimen jurídico básico de la compraventa aparece contenido en los artículos 1445 a 1537 CC y en los artículos 325 a 345 CCom.

Nota

El presente apartado está basado parcialmente en un texto del profesor M. Clemente.

Registro de la Propiedad

Tampoco olvidemos que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es requisito para la adquisición de la propiedad por parte del comprador, aunque despliegue otros efectos favorables.

La regulación contenida en el Código civil y en el Código de comercio no es la única que existe en nuestro ordenamiento en relación con la compraventa. De ella se ocupan también otros textos como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (que regula, por ejemplo, las ventas en rebajas, de promoción, de saldos, en liquidación o con obsequios); la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, o el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la ley general de defensa de los consumidores y usuarios. Como resulta evidente, el problema estriba en determinar el ámbito de aplicación de las respectivas normativas.

1.2.2. Concepto legal y caracteres de la compraventa

El concepto legal de compraventa aparece en el artículo 1445 CC, a cuyo tenor: «[p]or el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

La **compraventa** se caracteriza por ser un contrato consensual y no formal, sinalagmático, oneroso, normalmente conmutativo y cuya finalidad es la transmisión de la propiedad de las cosas.

1) Es un **contrato consensual**, esto es, de los que se perfeccionan por el mero consentimiento, ya que, como señala el artículo 1450 CC, la compraventa se perfecciona entre comprador y vendedor, y es obligatoria para ambos si han convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. No hace falta que se entregue la cosa o se pague el precio para que haya compraventa; basta con que exista acuerdo sobre qué ha de entregarse y qué ha pagarse por ello. Y tampoco hace falta ningún otro requisito formal.

2) Es un **contrato recíproco o sinalagmático**, pues la obligación de cada una de las partes es causa de la obligación que incumbe a la otra (art. 1274 CC). La obligación de pagar el precio encuentra su causa en la obligación de entregar la cosa, y viceversa.

3) Es un **contrato oneroso**, ya que ambas partes han de llevar a cabo un sacrificio patrimonial. Normalmente es, además, un contrato conmutativo, pero también cabe concebir una compraventa de carácter aleatorio.

4) Es un contrato cuya finalidad es la transmisión de la propiedad de las cosas. Sin perjuicio de que no siempre se alcance este resultado, la mayor parte de los contratos de compraventa nacen con esta finalidad; y este contrato es, sin duda alguna, uno de aquellos que sirven, conforme al artículo 609.II CC, para transmitir la propiedad.

1.2.3. Perfección del contrato de compraventa

La **perfección del contrato de compraventa** se produce, según el artículo 1450 CC, cuando entre vendedor y comprador existe acuerdo «en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».

Este criterio coincide con la regla general de libertad de forma de los artículos 1278 y 1258 CC, aunque ciertas compraventas pueden someterse a determinados requisitos formales de modo excepcional.

Está muy extendida la creencia de que las compraventas de inmuebles solo llegan a existir si se otorga escritura pública. Pero esta creencia no se sostiene conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 1278 a 1280 CC. El contrato de compraventa solo verbal es perfectamente válido y eficaz, sin perjuicio de que, si tiene por objeto un inmueble, las partes puedan compelerse una a otra a elevarla a escritura pública.

1.2.4. La promesa de compraventa

La **promesa de compraventa** se regula en el artículo 1451 CC, con una norma que no ofrece argumentos decisivos para determinar qué valor se da al precontrato en nuestro ordenamiento. La redacción de la norma permite entender tanto que el incumplimiento de la promesa solo da lugar a la indemnización de daños como que cabe el cumplimiento forzoso contra la voluntad del incumplidor. En cualquier caso, el alcance de este precepto ahora debe coordinarse con lo dispuesto en el artículo 708 LEC.

1.2.5. Las compraventas a prueba y *ad gustum*

También dedica el Código civil una norma específica, el artículo 1453 CC, a la llamada **compraventa a prueba y *ad gustum***.

1.2.6. Gastos vinculados a la compraventa

En cuanto a los gastos vinculados a la compraventa, el artículo 1455 CC establece una norma de carácter dispositivo, conforme a la cual «[l]os gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario».

1.2.7. Elementos personales del contrato de compraventa

En cuanto a los elementos personales de la compraventa, el artículo 1457 CC establece una regla probablemente superflua, al indicar que pueden celebrar ese contrato «todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse», con las excepciones previstas en el propio Código. Así, se aplican los criterios ya conocidos sobre la capacidad general para contratar.

El artículo 1459 CC establece una serie de prohibiciones para comprar —que no para vender— que afectan, por diversas causas, a personas plenamente capaces para celebrar cualesquiera otras compraventas.

La mayor parte de las prohibiciones del artículo 1459 CC tienen que ver con situaciones en las que el comprador, por estar encargado de la administración de los bienes vendidos, puede haber influido en el contenido del negocio.

En cambio, en otros casos se trata de prohibiciones fundadas en razones de orden público y moralidad social.

Al tratarse de prohibiciones, no cabe respecto de ellas ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica. Sin embargo, la doctrina ha propuesto una prudente actualización integradora.

El artículo 1459 CC no establece las consecuencias de incurrir en las prohibiciones que regula. En los casos de los números 4.º y 5.º del artículo 1459 CC, en que se tutelan intereses públicos, la sanción por la trasgresión de la prohibición ha de ser la nulidad radical de la compraventa. Y a la misma solución llegan la jurisprudencia y parte de la doctrina en los demás supuestos, sobre la base de haberse incumplido una prohibición legal, pese a que en ellos se tutelan intereses privados y acaso sería más apropiado el régimen de la anulabilidad del contrato. También se ha mantenido que en los tres primeros números del artículo 1459 CC estamos en el terreno del artículo 1259 CC, que regula el contrato celebrado por otro excediendo su representación, de manera que será posible su ratificación.

1.2.8. Elementos objetivos del contrato de compraventa: cuestiones generales

Los elementos objetivos de la compraventa son la cosa y el precio.

La cosa

La identificación de la **cosa** como objeto de la compraventa es abordada de forma muy parca en el Código civil. No solo hay que entender el término *cosa* del artículo 1445 CC referido a las cosas corporales, sino también a las incorporales (art. 1464 CC), así como a los derechos (arts. 1462.I y 1526 y sigs. CC), las energías y los bienes inmateriales (propiedad intelectual, patentes, marcas, etc.). En cualquier caso, deben ser patrimoniales y transmisibles. Y, desde luego, cabe que se venda una sola cosa, una universalidad de hecho o de derecho (arts. 1531 y 1532 CC), o varias cosas independientes entre sí (arts. 1471.II, 1479.II, 1491 y 1492 CC).

¿Qué requisitos ha de reunir la cosa vendida? Debe existir al celebrarse la compraventa o en un momento posterior, debe ser de lícito comercio y debe ser determinada.

1) **Existencia presente o futura.** La cosa vendida ha de existir en el momento de celebrarse la compraventa o su existencia ha de ser posible en el futuro.

Si la cosa existió pero se perdió en su totalidad antes de perfeccionarse el contrato, la imposibilidad de la prestación determina la nulidad de dicho contrato (art. 1460.I CC); lo mismo que si la cosa nunca existió, pues en ambos casos no existe objeto (art. 1272 CC). Se trata de la venta de una cosa específica y determinada, pues las cosas genéricas, salvo las de género limitado, no perecen (*genus nunquam perit*); y por **pérdida** hay que entender todo supuesto de imposibilidad, tanto la física —percimiento, destrucción, desaparición— como jurídica, por quedar la cosa fuera del tráfico; y también que la cosa fuese inútil para su finalidad o función económica.

Si la cosa no existe en el momento de perfeccionarse la compraventa pero puede llegar a existir, estamos ante una **compraventa de cosa futura** (art. 1271.I CC).

En la compraventa de cosa futura cabe distinguir dos supuestos.

a) En la denominada *emptio rei speratae* ('compraventa de cosa esperada'), el vendedor viene obligado a no impedir que la cosa llegue a existir, e incluso a colaborar en su producción, bien porque así se haya pactado, bien porque lo impone así el principio de buena fe (arts. 7 y 1258 CC). Mas no se trata de un

contrato de tipo aleatorio. Si la cosa no llega a existir sin culpa del vendedor, la prestación es imposible y nada se deben las partes recíprocamente. Por tanto, el comprador no viene obligado a pagar el precio.

b) En la denominada *emptio spei* ('compraventa de esperanza'), se pacta que el comprador ha de pagar el precio aunque la cosa no llegue a existir, por lo que estamos ante un contrato aleatorio, que algunos autores consideran compraventa en firme y a todo riesgo, mientras que para otros no sería propiamente una compraventa, que es un contrato conmutativo, sin perjuicio de que le fueran analógicamente aplicables algunas de las reglas del contrato de compraventa.

2) **Licitud.** La cosa vendida ha de ser de lícito comercio (art. 1271.I CC).

No lo son las cosas que son de todos (*res communis omnium*, por ejemplo, el aire), las cosas de dominio público, los derechos de la personalidad, los derechos y facultades familiares y el ser humano propiamente dicho, incluyendo su cuerpo —vivo o muerto—, sus órganos y tejidos, así como los productos derivados de él. Conforme al Código civil, también son de ilícito comercio —intransmisibles— los derechos de uso y habitación (art. 525 CC), las servidumbres con independencia de las fincas sobre las que recaen la herencia futura (art. 534 CC), la herencia futura (art. 1271.II CC) y los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas (art. 1494.I CC); y conforme a otras normas se encuentra restringido el tráfico de armas, sustancias nocivas para la salud, objetos de valor arqueológico, artístico e histórico, etc.

3) **Determinación.** Según el artículo 1445 CC, la cosa vendida ha de ser determinada, lo cual incluye tanto las cosas específicas como las genéricas, que son las que se determinan por su pertenencia a un género.

No hace falta que la cosa esté plenamente determinada para que haya contrato de compraventa. También cabe la determinación posterior, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273 CC).

El precio

El Código civil se limita a establecer que el **precio** ha de ser cierto y en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC).

1) **Precio cierto.** La certeza del precio no solo se da con su exacta determinación en el momento de celebrarse el contrato. También cabe la posterior determinación conforme a los criterios a que se refieren los artículos 1447 a 1449 CC. En consecuencia, basta con que el precio sea determinable sin un nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273 CC) y sin que quede al arbitrio de uno de ellos (arts. 1256 y 1449 CC).

2) **Precio en dinero o signo equivalente.** El precio, además de ser cierto, ha de ser «en dinero o signo que lo represente» (art. 1445 CC).

En todo caso, el precio debe fijarse en dinero, pero no ha de pagarse necesariamente en dinero, ya que se puede pagar en otro bien fungible o en servicios cuyo precio esté determinado en dinero.

Son signos que representan al dinero los documentos o títulos que incorporan créditos dirigidos al pago de una suma de dinero, como letras de cambio, cheques y pagarés, así como los documentos mercantiles que incorporan créditos dinerarios a los que se refiere el artículo 1170.II CC.

3) **Precio real o verdadero.** Aunque nada diga el Código civil al respecto, el precio ha de ser real o verdadero. Si las partes señalan precio, pero solo como una simulación, o si el precio es vil o irrisorio (por ejemplo, venta de una vivienda de lujo libre de cargas por un céntimo), no hay compraventa, sino **donación encubierta**.

Sin embargo, no es menester que el precio sea justo, esto es, objetivamente equivalente al valor de la cosa. Así resulta de la exclusión general por parte del Código civil de la rescisión por lesión, con lo que se separó de los antecedentes históricos. En principio, el precio es de libre fijación por las partes, salvo para algunos bienes, en cuyo caso la ley establece precios máximos (por ejemplo, en relación con la compra de viviendas de protección oficial). La jurisprudencia vacila en el tratamiento de las consecuencias que tiene el pacto de un precio superior al autorizado administrativamente.

1.2.9. Las obligaciones del vendedor: cuestiones generales

Las obligaciones principales del vendedor están descritas en el artículo 1461 CC, conforme al cual «[e]l vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta».

Estas obligaciones son reguladas con detalle por el Código civil: la **entrega**, en los artículos 1462 CC y siguientes, y los diversos **supuestos de saneamiento**: por evicción (arts. 1475 y sigs. CC), por gravámenes no aparentes (art. 1483 CC) y por vicios ocultos (arts. 1484 y sigs. CC).

Obligación de entrega

En cuanto a la caracterización legal de la entrega, conforme al artículo 1461 CC, el vendedor está obligado a la entrega de la cosa vendida; y según el artículo 1468 CC, ha de entregarla en el estado en que se hallaba al perfeccionarse la compraventa.

Compraventa

Se distingue la compraventa de la permuta en el hecho de que el precio tenga que ser pecuniario, sin perjuicio del supuesto analizado en el artículo 1446 CC.

La entrega es la obligación esencial del vendedor, pues, a diferencia de la de saneamiento, no es dispensable por el comprador.

La entrega de la cosa no solo es obligación del vendedor —acto debido—, sino también el modo de transmitir y adquirir el dominio, esto es, la tradición de la que habla el artículo 609.II CC cuando establece la teoría del título y el modo.

La regulación de la entrega tiene normas adicionales cuando la condición de consumidor concurre en el comprador (véase artículo 66 bis TRLGDCU).

¿Cómo puede llevarse a cabo la entrega? El Código civil contempla varias formas de cumplimiento de la obligación de entrega o tradición.

1) La **tradición real** consiste en poner la cosa vendida en poder y posesión del comprador (art. 1462.I CC). Por tanto, consiste en ceder la posesión efectiva de la cosa comprada, en su entrega real o apoderamiento (arts. 1462.I y 1463.I CC), en la ocupación material de la cosa o en el hecho de quedar la cosa vendida sujeta a la acción de la voluntad del comprador (art. 438 CC); y es un acto bilateral, que exige la recepción de la cosa por parte del comprador o, en su defecto, su consignación.

2) La **tradición instrumental** es un supuesto de tradición ficticia: el otorgamiento de la escritura pública de venta equivale a la entrega objeto del contrato, salvo que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario (art. 1462.II CC). Pero la escritura pública solo transmite la posesión si el vendedor tiene la condición de poseedor, mediato o inmediato, y en concepto de dueño, en el momento de su otorgamiento. Y solo en tal supuesto y si el vendedor no retiene de forma indebida la cosa, habrá cumplimiento de la obligación de entrega.

3) La **tradición simbólica** tiene varias manifestaciones en el Código civil, respecto a los bienes muebles y a los que denomina *bienes incorporales*.

Conforme al artículo 1463 CC, fuera de los casos que expresa el artículo 1462 CC, «la entrega de los bienes muebles se efectuará: por entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados».

También se prevé una tradición simbólica en relación con los bienes incorpóreos (o inmateriales).

Si no es aplicable la tradición instrumental del artículo 1462 CC, porque no ha habido escritura pública, «se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia [...]» (art. 1464 CC).

La puesta en poder de los títulos de pertenencia equivale a entregar los bienes o derechos incorpóreos. En consecuencia, el vendedor cumplirá su obligación de entregar el bien o derecho haciendo entrega de los títulos de pertenencia; esto es, los que justifican la titularidad previamente adquirida por el vendedor.

4) La **tradición consensual** identifica aquellos supuestos en los que el acuerdo de las partes es suficiente a los efectos de entender producida la tradición.

Conforme al artículo 1463 CC, cuanto la cosa mueble vendida no pueda trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta —esto es, cuando no sea posible su entrega real en ese momento—, cabe entender producida la tradición por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes.

También hay tradición consensual si el comprador ya tenía la cosa en su poder por algún otro motivo (art. 1463 CC). Es la *traditio brevi manu*, en la que la entrega es ficticia, pues el comprador ya la tenía en su poder, pero no en concepto de dueño, sino, por ejemplo, como usufructuario, arrendatario o depositario. Lo que cambia es el concepto en que posee: de poseedor como usufructuario, arrendatario o depositario pasa a poseer como dueño. Por tanto, ha de existir lo que se conoce como **interversión posesoria**.

De manera similar a la *traditio brevi manu*, en el *constitutum possessorium* no hay desplazamiento de la cosa vendida, sino mutación en el concepto en que se posee. En este caso, el vendedor sigue poseyendo la cosa, pero no en concepto de dueño, sino en otro —por ejemplo, en el de usufructuario o arrendatario—. Por su parte, el comprador pasa a ser poseedor mediato —a través del vendedor— en concepto de dueño. También cabe encuadrar esta forma de tradición en la frase final del artículo 1463 CC.

5) La **tradición mediante uso consentido** aparece en el último inciso del artículo 1464 CC: hay entrega si el vendedor consiente el uso del bien o derecho incorporado por parte del comprador.

¿Dónde debe ser entregada la cosa vendida? No hay regla especial relativa al lugar de la entrega en la compraventa. Se aplican, pues, las pautas del artículo 1171 CC.

Derechos de crédito

No es fácil determinar a qué bienes se refiere el artículo 1464 CC. Aunque es una cuestión muy discutida, la transmisión de los derechos de crédito no parece requerir, en principio, un acto dispositivo distinto al mero acuerdo de cesión. La norma parece referirse a derechos reales distintos de la propiedad, pero también a la propiedad cuando no comporta posesión y, en general, a las acciones reales de reclamación.

¿Cuándo debe ser entregada la cosa vendida? En primer lugar, hay que estar a lo pactado. A falta de pacto, la regla general es la simultaneidad de entrega de la cosa y pago del precio. Así resulta del artículo 1466 CC y del artículo 1500.II CC. Por ello, si nada se ha pactado, el comprador no puede exigir la entrega sin ofrecer el pago ni el vendedor exigir el pago sin ofrecer la entrega. Esto es consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de compraventa.

¿En qué casos puede el vendedor suspender la entrega de la cosa vendida? En los casos en que el vendedor debe entregar la cosa, aunque el comprador no le haya pagado el precio, existe un aplazamiento del pago y ese plazo se establece en beneficio exclusivo del comprador. Sin embargo, conforme al artículo 1467 CC, la insolvencia de este supone que el vendedor no deba entregar mientras el comprador no pague o afiance pagar en el plazo convenido.

¿Cómo se distribuyen los gastos derivados de la entrega de la cosa vendida? Los gastos de la entrega son de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación —una vez realizada la entrega— de cargo del comprador, salvo pacto especial al respecto (art. 1465 CC). Evidentemente, si se pactó la entrega en un lugar determinado y nada se acordó sobre el pago de los gastos que ello acarrearía, el vendedor debe correr con ellos, pues son propios del cumplimiento de su obligación (art. 1168 CC).

Los problemas de cabida y calidad de los inmuebles

El Código civil dedica particular consideración a los problemas que la obligación de entrega puede suscitar en relación con la cabida y la calidad de los inmuebles, en los artículos 1469 a 1472. En ellos no se trata de regular las posibles diferencias entre la extensión efectiva de la finca al perfeccionarse el contrato y la que es objeto de entrega, lo que produciría un incumplimiento parcial, sino una discrepancia entre lo expresado al contratar y la realidad. Se sustrae este error al régimen general del artículo 1266 CC y siguientes y se reducen las hipótesis de impugnación, acortando el plazo para el ejercicio de la acción.

Debe partirse de una distinción básica:

1) Si se trata de una **venta hecha por precio alzado** y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, ni el contrato ni el precio se ven afectados (art. 1471.I CC).

Por ejemplo, se vende el piso sito en el paseo de la Castellana, núm. 34, puerta 12, de Madrid, por un precio de 1.250.000 euros. Las partes indican que el piso tiene doscientos cincuenta metros cuadrados y resulta que en realidad tiene doscientos dieciséis.

2) Si se trata de **venta hecha con expresión de su cabida o calidad**, fijando el precio en función de la extensión o calidad del inmueble, el contrato o el precio pueden verse afectados.

Aplazamiento acordado

Cabe que las partes no hayan pactado el momento de la entrega, pero sí el del pago del precio, y que hayan acordado al respecto un aplazamiento. En tal caso quiebra el principio de la simultaneidad derivado del artículo 1466 CC: el vendedor viene obligado a entregar aun antes de que venza el pago del precio, con la excepción prevista en el artículo 1467 CC.

Por ejemplo, se vende una finca de naranjos de cien hanegadas, a tres mil euros la hanegada, con lo que el precio total es de trescientos mil euros.

En tales casos, hay que diferenciar si se trata de los siguientes supuestos:

- Mayor cabida real que la indicada en el contrato o (aunque el caso no esté previsto expresamente en el Código civil) mejor calidad que la expresada en el contrato. Conforme al artículo 1469 CC, si la diferencia es superior al cinco por ciento, el comprador puede optar entre desistir del contrato o abonar el aumento proporcional del precio; y si la diferencia es inferior al cinco por ciento, debe abonar el aumento proporcional del precio.
- Menor cabida real que la indicada en el contrato o peor calidad. Conforme al artículo 1470 CC, si la diferencia es superior al diez por ciento, el comprador puede optar entre rescindir el contrato o rebajar proporcionalmente el precio; y si la diferencia es inferior al diez por ciento, solo puede reclamar la rebaja proporcional del precio.

Estas acciones prescriben (aunque cierta doctrina y jurisprudencia consideran que son supuestos de caducidad) a los seis meses, contados desde la entrega (art. 1472 CC).

El saneamiento por evicción

El artículo 1475.I CC dispone que tendrá lugar la **evicción** cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

Para que el vendedor tenga obligación de sanear por evicción han de darse una serie de requisitos sustantivos y procesales.

1) Requisitos sustantivos del saneamiento por evicción

a) Privación de todo o parte de la cosa vendida. No basta la mera perturbación de hecho, frente a la que el comprador puede defenderse judicialmente por sí mismo (art. 250.1.4.º y 7.º LEC). La privación ha de ser de derecho y basada en el dominio sobre la cosa vendida, sin basarse en un derecho de crédito o derecho real limitativo del dominio que otorgue a su titular la posesión del bien. Tampoco basta una sentencia que no suponga en sí misma la privación de la cosa para el comprador.

b) Sentencia firme que ha de versar sobre la propiedad de la cosa vendida y tener como consecuencia la privación al comprador de toda la cosa vendida o parte de ella.

c) **Derecho del tercero anterior a la compra.** En principio, los derechos adquiridos por terceros después de la compraventa no son imputables al vendedor, sino al comprador, por lo que no dan lugar al saneamiento.

2) Requisitos formales del saneamiento por evicción

Desde el punto de vista formal, para que el vendedor esté obligado a sanear por evicción hace falta que se le notifique la demanda a instancia del comprador (arts. 1481 y 1482 CC). Es lo que se conoce como **citación de evicción o llamada en garantía**, hoy regulada, como intervención provocada, en el artículo 14 LEC. Se trata de una carga jurídica del comprador, no de un deber. Si no se notifica la demanda al vendedor, este queda exonerado, pues se entiende que no se le ha dado la oportunidad de defender al comprador frente a la reclamación de un tercero basada en hechos que de alguna manera le son causalmente imputables por ser anteriores a la compraventa. Por el contrario, si se le notifica la demanda, puede comparecer en el juicio o no, a su criterio, y en ambos casos tendrá que estar y pasar por sus vicisitudes.

El Código civil parte de la base de que el comprador es demandado por un tercero en el pleito en que se le priva de toda la cosa vendida o parte de ella. ¿Qué sucede si es el comprador el que demanda a un tercero en relación con la titularidad del bien vendido? En ese caso se habla de la **evicción invertida**, en la que se señala que da lo mismo que la pérdida se produzca siendo el comprador demandado o demandante, y en cuyo caso puede aplicarse la previsión del artículo 14.1 LEC para provocar la intervención procesal del vendedor.

3) Pactos sobre la obligación de saneamiento por evicción

Los artículos 1475.II y III y 1476 CC ponen de manifiesto que la obligación de saneamiento por evicción es dispositiva y no esencial a la compraventa.

Los pactos de ampliación y reducción del saneamiento no se encuentran limitados en la regulación del Código civil, a diferencia del pacto de exclusión (art. 1476 CC).

El pacto de disminución puede alcanzar el contenido o las consecuencias de la evicción (por ejemplo, se excluyen algunas de las partidas que tiene derecho a exigir el comprador conforme al artículo 1478 CC) o a los supuestos en que se verificará.

El pacto de ampliación también puede tener que ver con el modo de calcular el alcance económico de la evicción, incluyendo partidas o un sistema de determinación no contemplados legalmente. Asimismo, sería pacto de ampliación el que ampliara los supuestos o eliminara algunos de los requisitos legalmente previstos para el saneamiento por evicción (por ejemplo, la notificación de la demanda).

También cabe el pacto de exclusión del saneamiento por evicción, que es una renuncia anticipada a su reclamación. Pero en tal caso se establecen varias limitaciones: en primer lugar, es nulo el pacto si hay mala fe en el vendedor (art. 1476 CC), y en segundo lugar, los efectos de la renuncia del comprador, aun cuando el vendedor sea de buena fe, son limitados.

4) Contenido de la obligación de sanear por evicción

Si no ha habido renuncia, o si nada se ha pactado al respecto, el artículo 1478 CC establece qué puede exigir el comprador en concepto de saneamiento por evicción. Se trata de las siguientes partidas:

- 1.^a La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.
- 2.^a Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.
- 3.^a Las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, la del seguido con el vendedor para el saneamiento.
- 4.^a Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.
- 5.^a Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.

Como cabe apreciar, existe un régimen general del saneamiento por evicción y un régimen especial según haya buena o mala fe en el vendedor. Las cuatro primeras reglas se aplican en cualquier caso (incluyendo al vendedor de buena fe, es decir, el que ignora que la cosa vendida es ajena); la quinta regla, solo al vendedor de mala fe, cuya responsabilidad se agrava.

5) La evicción parcial

Los artículos 1475, 1479 y 1480 CC ponen de manifiesto que también la privación de parte de la cosa vendida, o de alguna de ellas cuando se vendieron varias al mismo tiempo, da lugar al saneamiento por evicción. Pero como el artículo 1478 CC está pensado para la evicción total, procede adaptarlo a la parcial.

Por su parte, el artículo 1479 CC, se refiere a dos supuestos de evicción parcial para los que dicta una regla especial.

a) El primer supuesto es el de pérdida de una parte de la cosa de tal importancia en relación al todo que sin dicha parte no la habría comprado.

b) El segundo supuesto es el de venta de dos o más cosas conjuntamente por un precio alzado, o particular para cada una de ellas, si constase claramente que el comprador no habría comprado la una sin la otra.

En estos supuestos de evicción parcial, el comprador puede optar por la aplicación del artículo 1478 con la adaptación de las partidas primera y cuarta, con lo que conservará la parte de la cosa de la que no ha sido privado. Pero el artículo 1479 CC le da otra posibilidad más conveniente, a la que llama *rescisión* pero que es, en realidad, un supuesto de resolución por frustración del fin del contrato. En consecuencia, la acción para ejercitarla prescribirá a los cinco años de la privación (art. 1964 CC), en lugar de caducar a los cuatro años (art. 1299 CC).

El saneamiento por cargas o servidumbres no aparentes

El artículo 1483 CC dispone que «[s]i la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse que no la habría adquirido el comprador si la hubiese conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente. Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización. Transcurrido el año sólo podrá reclamar la indemnización por un periodo igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre».

1) Requisitos del saneamiento por cargas o servidumbres no aparentes

El saneamiento del artículo 1483 CC se da en el caso de estar gravada la finca vendida: «[s]in mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido».

¿Qué debe entenderse por gravamen o carga? Hay que entender todo derecho real constituido sobre la cosa que limita las facultades normales de goce del propietario: usufructos, censos, servidumbres, derechos de superficie...

Se ha considerado que también cabe incluir en el concepto de carga o servidumbre no aparente aquellos derechos de crédito cuya configuración legal determine que afecten al comprador, como ciertos arrendamientos. Sin embargo, no son carga o servidumbre no aparente las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran su contenido normal; entre ellas, las derivadas de la normativa urbanística, que, además, están al alcance de cualquier interesado y son públicas.

Delito de estafa

Hay que tener en cuenta que una de las modalidades del delito de estafa se produce cuando se dispone «de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma» (art. 251.2º CP).

Servidumbres no aparentes

Por ejemplo, compro un solar para construir un edificio con varios sótanos, y cuando empiezan las excavaciones se constata que existe una servidumbre subterránea de conducción de línea eléctrica que me impide realizar los sótanos proyectados.

El gravamen ha de tener **cierta entidad**, pues ha de ser de tal naturaleza que deba presumirse que el comprador, si la hubiera conocido, no habría adquirido la finca.

El gravamen ha de ser **no aparente**, esto es, oculto, desconocido por el comprador y no mencionado en la escritura. El artículo 1483 CC no es aplicable si el comprador conocía el gravamen.

La jurisprudencia —aunque antigua— y buena parte de la doctrina consideran que el artículo 1483 CC no es aplicable si la carga consta inscrita en el Registro de la Propiedad, salvo que la inscripción de la carga haya tenido lugar con posterioridad a la venta y antes de la entrega o de la inscripción de su compra por parte del comprador.

Ahora bien, si la finca se vende como libre («libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes», como suele indicarse en las escrituras), y hay una carga inscrita en el Registro de la Propiedad, hay incumplimiento del vendedor y este debe proceder a la liberación de la finca de la carga o a indemnizar al comprador.

2) Acciones del comprador en el saneamiento por cargas o servidumbres no aparentes

Conforme al artículo 1483 CC, el comprador puede optar, si se da el supuesto de hecho que se acaba de analizar, entre la rescisión del contrato o la indemnización correspondiente.

El artículo 1483 CC formula las acciones del comprador como alternativas, lo que parece impedir que el comprador las pueda ejercitar acumuladas. En consecuencia, no cabría optar por la rescisión y exigir también indemnización.

3) Plazo para el ejercicio de las acciones de saneamiento por gravámenes ocultos

El comprador puede optar entre la rescisión del contrato y la indemnización, en unos plazos que no son, pese a lo que podría pensarse en una lectura apresurada del precepto, sucesivos. En efecto, la opción por la rescisión se da en el plazo de un año «desde el otorgamiento de la escritura». Una vez transcurrido ese plazo, solo cabe la indemnización, pero el plazo para ejercitarla, que también es de un año, no se cuenta desde que ya no cabe la rescisión, sino desde que el comprador descubrió la carga o servidumbre. Conforme a la dicción literal del precepto, si se descubre la carga o servidumbre transcurrido más un año desde la perfección del contrato, se inicia un nuevo plazo de un año para reclamar indemnización.

El saneamiento por vicios o defectos ocultos

El Código civil dedica un buen número de preceptos al saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 a 1499 CC). La regulación del Código civil está pensada sobre todo para la venta de cosa específica. Para la venta de cosas genéricas, hay que adaptar los preceptos del Código civil o acudir a la regulación del Código de comercio. Y en las compraventas de bienes de consumo son aplicables el artículo 114 TRLGDCU y siguientes, relativos a la falta de conformidad.

Pero aún más importante es poner de manifiesto que en el diseño del Código civil las normas sobre saneamiento por vicios ocultos, en la compraventa de cosa específica y determinada, son reglas de atribución de riesgos, y no de responsabilidad por incumplimiento.

El vendedor cumple al entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 CC). Pero el interés del comprador puede verse defraudado si la cosa resulta impropia para el uso a que se la destina o este uso disminuye tanto que, de haberlo sabido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1484 CC). Debemos observar que el vendedor responde por los vicios aunque los ignore (art. 1485.I CC). Si el vendedor conoce los vicios, esto es, si es de mala fe, el régimen de responsabilidad se agrava (arts. 1486.II, 1487 y 1488 CC).

En todo caso, el saneamiento por vicios ocultos tiene en el Código civil carácter dispositivo, pues cabe acordar su exclusión si el vendedor ignorase los vicios o defectos ocultos de lo vendido (art. 1485.II CC), esto es, si era de buena fe; y también cabe pactar su moderación o su agravación.

1) Requisitos del saneamiento por vicios o defectos ocultos

Se entiende que la cosa vendida tiene vicios ocultos si presenta defectos que «la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella» (art. 1484 CC).

Por tanto, hay que partir del uso al que la cosa va destinada, por su naturaleza o por la intención común de las partes.

La cosa es **viciosa** tanto si tiene defectos o imperfecciones como si no los tiene pero carece de las cualidades presupuestas para la función que debe prestar.

Si no cabe destinar la cosa al uso al que va destinada, el vendedor viene obligado al saneamiento, incluso si ignoraba tal circunstancia por estar ocultos los defectos que la hacen inútil (art. 1485 CC). Pero no cabe hacer responsable al

vendedor de «los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos» (art. 1484 CC).

2) Las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos

Si la cosa vendida padece vicios ocultos, el comprador puede optar, como indica el artículo 1486.I CC, entre dos remedios que, desde el derecho romano, se conocen como *acciones edilicias*: la **acción redhibitoria** («desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó») y la **acción estimatoria** o *quanti minoris* («rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos»).

Ahora bien, dado que las acciones edilicias se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida (art. 1490 CC), su extrema brevedad ha justificado un planteamiento jurisprudencial según el cual tales acciones son compatibles con las acciones que nacen del error, el dolo, el incumplimiento y el resarcimiento de daños. Como es muy frecuente que los vicios ocultos aparezcan transcurridos más de seis meses desde la entrega de la cosa vendida, el Tribunal Supremo ha rechazado la teoría según la cual solo cabe, frente a los vicios ocultos, el ejercicio de las acciones edilicias. Aunque en ocasiones ha entendido que hubo vicio de la voluntad, más a menudo aprecia que, en lugar de vicio oculto, hay incumplimiento, por aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*: si el vendedor entrega una cosa con vicios que la hacen inhábil para el uso al que tenía que ir destinada, el vendedor entrega cosa distinta a la pactada. Es por ello por lo que cabe la resolución por incumplimiento y reclamar indemnización de daños; y el plazo de prescripción de la acción es de cinco años.

a) La acción redhibitoria permite al comprador desistir del contrato, esto es, dejarlo sin efecto. Es opinión común que el ejercicio de la acción redhibitoria supone la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses.

El comprador que opte por el ejercicio de la acción redhibitoria también puede reclamar «los gastos que pagó» (art. 1486.I CC), que el artículo 1487 CC identifica con «los gastos del contrato»; esto es, los que realizó el comprador para su celebración o su puesta en práctica: por ejemplo, gastos de entrega o transporte.

b) Si el comprador optara por ejercitar la acción estimatoria o *quanti minoris*, el contrato de compraventa sigue produciendo efectos, pero se produce una rebaja proporcional del precio que tiene por objeto reajustar la equivalencia entre las prestaciones de las partes. Sin embargo, esta rebaja debe hacerse conforme a criterios objetivos (a juicio de peritos, dice el artículo 1486.I CC), no conforme al criterio subjetivo del comprador.

c) Para el supuesto de que el vendedor conociera de los vicios y no los hubiera manifestado al comprador, el artículo 1486.II CC concede al comprador que haya optado por la rescisión (redhibición) una acción añadida de distinta naturaleza, la indemnizatoria de los daños y perjuicios. Se trata de una acción de responsabilidad, no de una acción de saneamiento, y no tiene carácter accesorio, sino independiente y acumulable.

En cualquier caso, el comprador puede ejercitar la acción de responsabilidad con independencia de la redhibitoria y la estimatoria.

d) Los artículos 1491 y 1942 CC dan solución al supuesto de venta de dos o más cosas conjuntamente cuando alguna o algunas son defectuosas.

La regla general es la de la redhibición parcial, esto es, que solo alcanzará a las cosas viciosas, no a todas las compradas conjuntamente; pero la solución cambia (redhibición total) si el comprador no hubiera comprado las cosas sanas sin las viciosas.

3) La pérdida de la cosa defectuosa

Los artículos 1487 y 1488 CC regulan el supuesto de pérdida de la cosa defectuosa, distinguiendo según si la pérdida era consecuencia de los propios vicios de la cosa, de caso fortuito o de culpa del comprador.

4) Plazo de ejercicio de las acciones derivadas de saneamiento por vicios ocultos

El artículo 1490 CC dispone que «[l]as acciones que emanen de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa».

Este precepto plantea varios problemas interpretativos, que han sido muy debatidos.

a) En primer lugar, el precepto se remite a las acciones emanadas de los cinco artículos precedentes, pero solo cuatro de ellos establecen acciones por vicios ocultos. Por otra parte, y en tanto que no las distingue, cabe considerar que el precepto se refiere a todas las acciones previstas en tales preceptos: redhibitoria, estimatoria, indemnización de daños y perjuicios y especiales por pérdida de la cosa.

b) En segundo lugar, el artículo 1490 CC se limita a disponer que las acciones en cuestión «se extinguirán», lo que no deja claro si estamos ante un supuesto de prescripción o de caducidad. La jurisprudencia y la doctrina se inclinaron

en un primer momento por la prescripción, pero en la actualidad tiene más seguidores la consideración de que se trata de un supuesto de caducidad, pues se trata de poner fin rápido a la incertidumbre.

c) En tercer lugar, el plazo de seis meses es un plazo civil, no procesal, que se computa de fecha a fecha (art. 5.1 CC), sin descontar los días inhábiles.

d) En cuarto lugar, es *dies a quo* el de entrega de la cosa vendida, entendiéndose que el precepto se refiere a la fecha de entrega material, que es cuando el comprador puede apercibirse de los vicios o defectos de la cosa. Por tanto, no desde el momento en que se haya podido producir su entrega ficticia o simbólica, salvo que el comprador ya tuviera la cosa en su poder antes de la compraventa por otro título (*traditio brevi manu*), en cuyo caso será *dies a quo* el día de su perfección.

Finalmente, el plazo del artículo 1490 CC es de carácter dispositivo. Puesto que las partes pueden excluir el saneamiento por vicios ocultos (salvo mala fe del vendedor [artículo 1485.II CC]), también pueden pactar una reducción o una ampliación del plazo para el ejercicio de las acciones correspondientes.

1.2.10. Las obligaciones del comprador

El Código civil dedica muy pocos preceptos a las obligaciones del comprador (arts. 1500 a 1505 CC). Realmente, esas normas incluyen no solo obligaciones del comprador, sino también facultades del comprador y del vendedor.

La principal obligación del comprador es, obviamente, la del pago del precio. También asume otras obligaciones como la del pago de intereses del precio en ciertos supuestos y el pago de ciertos gastos (como la primera copia de la escritura y demás posteriores a la venta, conforme al artículo 1455 CC; y los de transporte de la cosa vendida, según el artículo 1465 CC). Además, el comprador debe colaborar en la recepción de la cosa vendida para no incurrir en *mora accipiendi*.

La obligación de pago del precio

La importancia de la obligación del comprador de pagar el precio de la cosa vendida (art. 1500 CC) se detecta al constatar que, si no existiera tal obligación, no estaríamos ante un contrato de compraventa, sino ante otro contrato, que podría ser una permuta (arts. 1446 y 1538 CC), una donación (arts. 618 y sigs. CC), una dación en pago..., o ante una simulación absoluta de contrato de compraventa (art. 1275 CC).

La obligación de pago del precio, correlativa de la de entrega de la cosa por parte del vendedor, es una deuda de dinero, con las características propias de las obligaciones pecuniarias que se estudiaron en el módulo «La estructura de la relación obligatoria».

La acción para reclamar el precio es personal. Por tanto, resulta aplicable al pago del precio el plazo general de prescripción de cinco años, tanto si se trata de contratos civiles (art. 1964.2 CC) como mercantiles (art. 943 CCom).

1) ¿Cuándo debe efectuarse el pago del precio? El pago del precio ha de realizarse en el tiempo fijado por el contrato o, en su defecto, en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida (art. 1500 CC).

Como cabe apreciar, la regla dispositiva es la de la simultaneidad de entrega y pago del precio; de donde resulta que es el momento de la entrega el que determina si el pago es anticipado, diferido o simultáneo. Además, cabe pactar el fraccionamiento del pago del precio en plazos.

2) ¿Dónde debe efectuarse el pago del precio? Al igual que para el tiempo de pago del precio, para el lugar en que ha de verificarse el pago, el artículo 1500 CC dispone que será el que hayan pactado las partes y, en su defecto, en el lugar en el que se lleve a cabo la entrega de la cosa vendida.

3) ¿Qué garantías caben en relación con el pago del precio? El Código civil establece una serie de reglas a efectos de garantizarlo; y la práctica conoce una serie de pactos que tienen el mismo objeto, esto es, eludir o reducir el riesgo de incumplimiento de la obligación de pago del precio por parte del comprador.

a) Son garantías legales las siguientes:

- La facultad del vendedor de retener la entrega de la cosa, prevista en los artículos 1466 y 1467 CC.
- La facultad del vendedor de promover la resolución del contrato si la cosa ya estaba entregada y tiene fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, aun antes de que haya vencido el plazo para el pago del precio (art. 1503 CC).

b) En cuanto a las garantías convencionales, cabe mencionar, entre otras, las siguientes:

- El **pacto de reserva de dominio**, por el que el vendedor retiene la propiedad del bien mientras el comprador no haya pagado íntegramente el precio pactado.

- El **pacto comisorio**, por el que el impago del precio determina la resolución de pleno derecho del contrato de compraventa, regulado en los artículos 1504 CC, 11.II LH y 59 RH.
- La **hipoteca** sobre la finca vendida en garantía del precio, a la que se refiere el artículo 11.II LH.

4) **¿En qué casos puede el comprador suspender el pago del precio?** Conforme al artículo 1502 CC, el comprador puede suspender el pago del precio si se ve perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o si tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso o se haya estipulado que, a pesar de cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.

La suspensión del pago del precio exige que se den los siguientes presupuestos:

- a) Un contrato perfecto de compraventa.
- b) Que el vendedor haya procedido a la entrega del bien vendido, aunque se haya reservado el dominio de dicho bien.
- c) Que el comprador no haya abonado el precio, ya sea de manera total o parcial.
- d) Que el comprador se vea perturbado en la posesión o dominio de la cosa vendida o tenga fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria.
- e) Que el comprador no conociese el peligro al perfeccionarse el contrato.
- f) Que no haya cesado la perturbación o se haya pactado que, a pesar de cualquier contingencia, el comprador está obligado a pagar el precio.
- g) Que el comprador notifique al vendedor la suspensión del pago del precio, pues de otra manera el vendedor no puede hacer cesar la perturbación o afianzar la devolución del precio.

En cuanto a sus efectos, el artículo 1502 CC no faculta al comprador para suspender el pago del precio con carácter indefinido, sino solo «hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro». Por otro lado, la facultad de suspender el pago del precio no la tiene el comprador si el vendedor afianza la devolución del precio para el caso en que aquel sea efectivamente privado de la posesión o dominio del bien.

Finalmente, la regla del artículo 1502 CC es dispositiva, pues cabe pactar que el comprador satisfará el precio a pesar de cualquier contingencia que suponga perturbación en el dominio o posesión o fundado temor a serlo.

La resolución por riesgo de pérdida del precio y de la cosa inmueble vendida

El artículo 1503 CC regula, en favor del vendedor, un supuesto de resolución de la compraventa con carácter anticipado: se da antes de que haya vencido la obligación de pagar el precio por existir plazo en beneficio del comprador, con base en un fundado temor a perder la cosa inmueble vendida y el precio.

El artículo 1503 CC permite al vendedor instar la resolución del contrato si «tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio». Se trata de una medida de carácter preventivo ante el riesgo de pérdida del precio y de la cosa. No se precisa que haya previo incumplimiento del comprador, a diferencia del artículo 1124 CC.

La resolución por impago del precio en la compraventa inmobiliaria

El artículo 1504 CC contiene una regla especial para la resolución por incumplimiento en la compraventa de bienes inmuebles.

En relación con la compraventa de bienes inmuebles, el artículo 1504 CC establece que «[a]un cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término».

La norma pretende proteger al comprador, dándole otra oportunidad de cumplir, a pesar de su anterior incumplimiento, para evitar que no adquiriera la cosa y pueda perder las cantidades ya abonadas.

La solución del artículo 1504 CC descansa en un acto jurídico del vendedor, el requerimiento resolutorio judicial o notarial; es decir, en la declaración de voluntad recepticia por la que el vendedor opta por la resolución ante el impago por parte del comprador del precio aplazado.

El requerimiento es un acto formal y se diferencia claramente de la interpelación necesaria para constituir en mora al deudor: no se requiere de pago, sino que se le comunica la resolución.

La forma puede ser la de acta notarial o judicial.

Impago

La previsión de una condición resolutoria explícita por impago no excluye, en principio, la posibilidad de que el vendedor opte por el cumplimiento forzoso del contrato o que, junto a la resolución, reclame una indemnización de los daños derivados del incumplimiento.

La norma se aplica a todas las compraventas inmobiliarias, se haya pactado o no la resolución por incumplimiento del comprador. Al exigir requerimiento formal resolutorio, el artículo 1504 CC evita el automatismo del pacto comisorio, condición resolutoria explícita o *lex commissoria*, esto es, el pacto en virtud del cual la falta de pago del precio producirá de manera automática la resolución del contrato de compraventa y que es inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 11 LH).

¿Cuáles son las relaciones entre esta norma y la resolución del artículo 1124 CC? Ambas normas se asemejan en que existe un incumplimiento del comprador: cualquier incumplimiento (resolutorio) en el artículo 1124 CC, y un impago del precio en el artículo 1504 CC. Ahora bien, las diferencias son sensibles. Por un lado, en el artículo 1504 CC, la resolución exige un requerimiento resolutorio específico: hasta ese momento el comprador puede pagar. En cambio, en el artículo 1124 CC, la resolución no exige un requerimiento resolutorio específico: basta el incumplimiento. Por otro lado, en el artículo 1504 CC, tras el requerimiento resolutorio, el juez no puede conceder plazo para cumplir ni el comprador puede pagar; por el contrario, en el artículo 1124 CC, el juez puede conceder plazo para cumplir si concurren causas justificadas.

Como consecuencia del artículo 1504 CC, debe producirse una restitución de las prestaciones efectuadas. A menudo, el problema práctico se plantea en torno a las cláusulas penales por las que el vendedor hace suyas las cantidades entregadas por el comprador. En tales casos, la jurisprudencia suele aplicar la facultad de moderación del artículo 1154 CC.

La resolución por incumplimiento en la compraventa de bienes muebles

El artículo 1505 CC respecto la resolución por incumplimiento en la venta de bienes muebles establece que «[t]endrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación».

El supuesto de hecho de este precepto es el de una compraventa mobiliaria que no ha sido ejecutada ni por el comprador ni por el vendedor. Por tanto, no ha habido ni entrega del bien ni pago del precio. Si ya hubo entrega y el comprador no paga el precio, el vendedor podrá instar la resolución del contrato conforme al artículo 1124 CC.

El régimen del artículo 1505 CC solo tiene que ver con dos incumplimientos: la *mora accipiendi* del comprador, que no se presenta a recibir los bienes muebles objeto de la compraventa en el plazo de entrega fijado, y el impago del precio

cuando sí se presenta. Y resulta irrelevante que tales incumplimientos sean imputables o no al comprador; solo impedirá la resolución contractual si lo son a la conducta del vendedor.

A diferencia de lo que sucede con el artículo 1504 CC sobre la resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio aplazado, la del artículo 1505 CC, sobre bienes muebles, tiene carácter dispositivo. Por tanto, cabe excluir o modalizar su aplicación a la compraventa mobiliaria. De otra parte, este precepto no hace más que conceder una facultad de resolución al vendedor frente a los reseñados incumplimientos del comprador. Por tanto, aquel también puede optar por exigir el cumplimiento.

En el supuesto de hecho del artículo 1505 CC, la resolución es «de pleno derecho», lo que quiere decir, básicamente, que tiene carácter extrajudicial y no precisa que el vendedor manifieste de manera formal su opción por la resolución.

El carácter *ipso iure* de la resolución significa que si el comprador no se presenta a recibir los bienes muebles vendidos en el plazo fijado o no paga el precio al presentarse, el vendedor puede, sin más dilación, desvincularse del contrato y colocarlos de manera inmediata en el mercado. El vendedor puede volverlos a vender sin incurrir en incumplimiento, con lo que evita su depreciación. No ha de demandar la resolución y puede volver a poner los bienes en el mercado, de modo que consigue minimizar los perjuicios que pueda haberle causado el incumplimiento del comprador que no se ha presentado a recibir los bienes y a pagar el precio.

Como el supuesto de hecho del artículo 1505 CC tiene que ver con una compraventa en la que no se ha producido ni entrega ni pago del precio, no hay obligación de restitución. Por lo demás, el vendedor también puede exigir al comprador el resarcimiento de los daños que el incumplimiento le haya causado (art. 1124 CC).

Obligaciones accesorias del comprador

Entre las obligaciones del comprador, distintas al pago del precio, podemos destacar las siguientes:

1) Obligación de pagar intereses

El artículo 1501 CC regula los supuestos en los que el comprador debe intereses por el tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio. Se refiere al supuesto de aplazamiento del pago del precio respecto de la entrega, de manera que el comprador ya dispone del bien pero el vendedor no ha

recibido todavía su contraprestación. Ello justifica que, en los supuestos que menciona, y solo en ellos, se deban intereses. Se trata de una excepción a la regla general (que es el no devengo de intereses del precio).

El artículo 1501 CC establece tres supuestos en los que el comprador debe intereses. Se trata de los siguientes:

- 1.º Si así se hubiese convenido (intereses convencionales, también denominados *retributivos* o *remuneratorios*).
- 2.º Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta (**intereses compensatorios**).
- 3.º Si el comprador se hubiese constituido en mora, con arreglo al artículo 1100 CC (**intereses moratorios**).

2) Gastos de transporte o traslación de la cosa

La satisfacción de los gastos de transporte o traslación de la cosa posteriores a la entrega incumben al comprador, salvo pacto en contrario (art. 1465 CC).

3) Gastos de conservación de la cosa

Corren de cuenta del comprador los gastos necesarios para la conservación de la cosa desde la perfección del contrato hasta la entrega (arts. 453 y 1094 CC), pero no los útiles, pues el vendedor ha de entregar la cosa en el estado en que estuviera al perfeccionarse el contrato (art. 1468.I CC), y no parece justificado que el vendedor pueda decidir la realización de gastos no necesarios, aunque útiles, a costa del comprador (arts. 487 y 1573 CC).

4) Gastos de producción, recolección y conservación de los frutos

Dado que el comprador tiene derecho a los frutos desde la perfección del contrato (art. 1468.II CC), que es cuando nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC), parece lógico que sean de su cuenta los gastos de producir, recolectar y conservar los frutos que lleve a cabo un tercero (arts. 356 CC), incluido, claro está, el vendedor.

5) Gastos de primera copia de escritura y los demás posteriores a la compraventa

Al comprador le corresponden los gastos de primera copia de escritura y los demás posteriores a la compraventa, salvo pacto en contrario (art. 1455 CC).

6) Gastos y protección del consumidor en caso de compraventa y préstamo hipotecario

La frecuencia con la que la compraventa se vincula con un préstamo hipotecario obliga a tener en cuenta las cláusulas de gastos que se proyectan tanto en la compraventa como en el préstamo.

1.2.11. Los efectos de la compraventa

El pacto de retro

Los artículos 1507 a 1520 CC regulan el denominado *retracto convencional*, que hace referencia al supuesto en que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, dentro de un plazo determinado, mediante el reembolso del precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles efectuados en la cosa vendida.

Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012 se analiza el siguiente pacto de retro:

«La parte vendedora se reserva el derecho de retraer las fincas vendidas durante el plazo de un año a contar desde hoy y la parte compradora se obliga a retrovenderlas a la indicada parte vendedora, o a quien su derecho represente, si en el término expresado le abona el precio de los cincuenta millones de pesetas, en el que están incluidos todos los gastos».

El pacto de retro puede verse como una condición resolutoria de la venta desde la perspectiva del comprador, pero también como un derecho de configuración jurídica desde la perspectiva del vendedor. Este puede ejercitarlo, pero también enajenarlo e hipotecarlo (art. 107.7 y 8 LH), o dejar que se extinga tras el transcurso del plazo para el que se concedió.

Además, se trata de un derecho de carácter real, pues puede hacerse valer frente a cualquier poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional y salvo lo dispuesto en la Ley hipotecaria en cuanto a la protección de terceros (art. 1510 CC).

Conforme al artículo 1508 CC, el derecho de recuperación de la cosa vendida derivado del pacto de retro «durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato», y «en caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años».

Según el artículo 1509 CC, si el vendedor no cumple lo prescrito en el artículo 1518 CC, el comprador adquirirá de manera irrevocable el dominio de la cosa vendida. Este precepto pone de manifiesto que el comprador con pacto de retro adquiere la propiedad del bien vendido con la entrega, pero con carácter revocable.

El ejercicio del derecho de retracto convencional supone la readquisición automática del bien o derecho con efectos retroactivos. No se produce una nueva transmisión del comprador al vendedor, sino la resolución del título de aquel.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de retracto convencional no determina que se restablezca la situación jurídica que existía antes de la venta.

El ejercicio del retracto convencional exige que el retrayente reembolse los conceptos del artículo 1518 CC —el precio de la venta, los gastos del contrato y demás pagos legítimos hechos para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa— y lo demás previsto en el contrato (art. 1507 CC).

La transmisión de la propiedad

En nuestro sistema, la propiedad (y otros derechos reales) se adquiere y se transmite mediante diversos mecanismos, que enumera el artículo 609.II CC: «[p]or la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

La referencia a «ciertos contratos mediante la tradición» pone de manifiesto que en nuestro sistema continúa vigente un criterio derivado de ciertas fases del derecho romano, denominado *de título y modo*: no basta con el contrato (**título**), como sucede en los derechos francés e italiano, sino que además se precisa la entrega de la cosa (**tradición o modo**).

Sin duda, uno de los contratos que, acompañados de la entrega de la cosa, sirven para transmitir la propiedad es el de **compraventa**.

¿Significa lo anterior que entre las obligaciones del vendedor está legalmente establecida la de transmitir la propiedad del bien vendido? La respuesta a esta cuestión ha suscitado polémica doctrinal.

1) La posición mayoritaria resalta que en el Código civil no hay ningún precepto que establezca la obligación del vendedor de transmitir la propiedad. Es más, el artículo 1461 CC, al enumerar las obligaciones del vendedor, dispone que consisten en la entrega y el saneamiento de la cosa objeto de la venta; y el artículo 1474 CC solo hace al vendedor responsable de la posesión legal o pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Ningún precepto dispone que el vendedor haya de tener poder de disposición sobre la cosa vendida; y para el caso de que el comprador sea privado de la cosa por sentencia firme y en virtud de un derecho de un tercero anterior a la compra (esto es, porque ese tercero era su verdadero propietario), lo que se establece es el saneamiento por evicción del vendedor (arts. 1475 CC y sigs.), que no es propiamente una responsabilidad por incumplimiento de una obli-

Derecho español

En derecho español, perfeccionado el contrato y antes de la entrega, nos movemos en un plano jurídico-obligatorio: el vendedor es deudor de la entrega y el comprador es acreedor de la entrega. Tras la entrega, se produce un cambio en el plano jurídico-real: el vendedor deja de ser propietario y pasa a serlo el comprador.

gación de transmitir el dominio, sino un mecanismo de reparto del riesgo. Por tanto, el vendedor no está legalmente obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida.

2) La posición minoritaria sostiene que el Código civil sí proporciona argumentos para entender que el vendedor queda obligado a transmitir la propiedad.

A lo anterior hay que añadir que las partes pueden haber convenido de manera expresa la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, e incluso acompañar ese convenio de un pacto resolutorio; y en muchas ocasiones también cabe entender que está implícita aquella obligación, como cuando el vendedor afirma ser dueño del bien vendido, sobre todo si consta en el documento en el que se plasma el contrato, pues de esa manera pone de manifiesto su intención de transmitir la propiedad del bien y la del comprador de adquirirla. Del mismo modo, el principio de buena fe puede dar lugar a que el vendedor venga obligado a transmitir el dominio del bien vendido si le constaba, o debía constarle, que el comprador había actuado sobre la base de la confianza al adquirir el dominio, y en aquellos supuestos en los que al vendedor le conste, o deba constarle, que las finalidades económicas pretendidas por el comprador solo pueden conseguirse convirtiéndose en propietario de la cosa comprada.

En estos casos, en los que no cabe duda de que el vendedor se ha obligado a transmitir el dominio del bien vendido, si ello no es posible, por no ser el vendedor realmente propietario del bien, el comprador puede acudir a los remedios frente al incumplimiento (básicamente, la resolución del contrato, con indemnización del daño, aunque también cabe pensar en exigir al vendedor, si fuera posible, la adquisición del bien de quien sea su legítimo propietario). Cabe incluso recurrir a la anulación del contrato, bien por **error** (el comprador creía de buena fe que la cosa era del vendedor), bien por **dolo** (el vendedor hizo creer al comprador que la cosa era suya).

3) La jurisprudencia no mantiene un criterio claro, con probabilidad porque la cuestión tiene, aunque parezca sorprendente, escasa transcendencia práctica.

La venta de cosa ajena

Por ser la compraventa en nuestro derecho un contrato simplemente obligacional y no directamente traslativo, se admite con carácter general la compraventa de cosa ajena. También se alega a este mismo efecto que el vendedor no viene obligado *ex lege* a transmitir la propiedad, pero como se ha señalado, incluso si el vendedor se obliga expresa o tácitamente a transmitir la propiedad, cabe la compraventa de una cosa que no es propiedad del vendedor en el momento de perfeccionarse el contrato.

Perfeccionada una venta de cosa ajena, pueden verificarse varias hipótesis:

1) El vendedor llega a adquirir el bien vendido después de celebrado el contrato y antes de venir obligado a su entrega.

En este caso el vendedor transmitirá, al cumplir su obligación de entrega, un dominio previamente adquirido. No se habrá producido incumplimiento del vendedor ni perturbación del comprador. En consecuencia, este no podrá reclamar nada.

2) El vendedor llega a adquirir el bien vendido después de celebrar el contrato y de haberlo entregado y antes de que el comprador haya sufrido perturbación alguna de hecho o de derecho en su posesión.

En este caso el comprador habrá llegado a ser propietario después de la entrega y no como consecuencia de ella en sentido estricto. Mas si no hubo incumplimiento de la obligación de entrega ni perturbación en la posesión, una vez que el vendedor adquirió del verdadero propietario, nada puede reclamar el comprador.

3) El vendedor entrega la cosa ajena vendida y el verdadero propietario la reclama del comprador. Esta hipótesis puede descomponerse, a su vez, en dos subhipótesis:

a) La reclamación del verdadero propietario es tan tardía que el comprador puede alegar con éxito que ha llegado a adquirir por usucapión, al haber poseído la cosa vendida de manera pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo establecido por ley. En consecuencia, la adquisición del comprador, al principio ineficaz, se ha consolidado, y nada puede reclamar al vendedor.

b) La reclamación del verdadero propietario tiene éxito y el comprador se ve judicialmente privado de la cosa vendida. Puesto que el vendedor ha incumplido la obligación de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, aquel, si se dan los requisitos formales y materiales previstos por ley (arts. 1475 y sigs. CC), vendrá obligado a sanear de evicción a este.

4) El vendedor no consigue entregar la cosa ajena vendida. En este supuesto se produce un incumplimiento de la obligación de entrega que faculta al comprador para exigir la resolución del contrato por incumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios (arts. 1101 y 1124 CC).

Estas hipótesis no excluyen que el comprador, enterado de la ajenidad del bien comprado y sin previa reclamación del verdadero propietario, pueda reclamar contra el vendedor en los siguientes casos:

a) Si se pactó de manera explícita o implícita la obligación del vendedor de transmitir al comprador el dominio del bien vendido:

Se habrá producido incumplimiento por parte del vendedor que faculta al comprador para ejercitar las correspondientes acciones de cumplimiento o resolución e indemnización del daño.

b) Si hubo vicio de consentimiento del comprador.

El vicio puede concurrir porque el comprador creía de buena fe que la cosa era del vendedor (error), o porque el vendedor hizo creer al comprador que la cosa era suya (dolo); en ambos casos, la compraventa será anulable.

La venta con reserva de dominio

La aplicación del sistema de título y modo para la transmisión de la propiedad mediante compraventa significa que, si el vendedor entrega la cosa vendida al comprador, este se convierte en su propietario.

La transmisión de la propiedad de la cosa vendida al comprador se produce con independencia de que el comprador haya abonado el precio o no.

Ahora bien, es relativamente frecuente el pacto por el que no se entenderá transmitida la propiedad al comprador mientras no haya pagado todo el precio, lo que también se expresa diciendo que el vendedor se reserva el dominio mientras no se pague íntegramente el precio pactado.

Aunque en alguna ocasión se ha cuestionado, el **pacto de reserva de dominio** es perfectamente válido, basado en el principio de autonomía privada (art. 1255 CC), y así lo ha declarado la jurisprudencia de manera reiterada (RDGRN de 28 de noviembre de 2017).

Sin embargo, ha sido muy discutida la configuración técnica de este pacto, y se han propuesto diversas teorías:

- 1) El pacto de reserva de dominio opera como una **condición suspensiva** de la transmisión del dominio.
- 2) El pacto de reserva de dominio es en realidad una **condición resolutoria** de la transmisión de la propiedad.

3) El pacto de reserva de dominio tiene como finalidad garantizar el pago del precio y funciona como un **derecho de garantía**.

Es evidente que el pacto de reserva de dominio carece de sentido si no tiene eficacia frente a terceros, especialmente ante dos tipos de conflictos:

- los que resultan de la agresión de los bienes vendidos por los acreedores del vendedor o del comprador (por ejemplo, en caso de concurso);
- los que se plantean respecto de los subadquirentes, esto es, de quienes hayan celebrado, después de la compraventa con reserva de dominio, un contrato traslativo con el vendedor o con el comprador.

Muchos de esos conflictos no se dan si el pacto de reserva de dominio accede a un registro provisto de fe pública en sentido material.

La doble venta

El artículo 1473 CC resuelve el conflicto que se produce cuando un mismo sujeto vende un mismo bien a dos o más personas distintas. Es lo que se conoce como *doble o múltiple venta*.

1) Presupuestos de aplicación del artículo 1473 CC

a) Vendedor único. El conflicto que resuelve el artículo 1473 CC es el que se da entre quienes han adquirido del mismo vendedor. Si una cosa es vendida dos o más veces, pero por personas distintas, los criterios de solución no son los que derivan del artículo 1473 CC.

b) Pluralidad de compradores. Ha de haber al menos dos compradores distintos, personas físicas o jurídicas.

c) Contratos de compraventa diferenciados, válidos y subsistentes. Es necesario que el único vendedor haya concluido contratos distintos con cada uno de los compradores.

Como es evidente, los contratos han de ser válidos. Si alguno de ellos no lo es (porque, por ejemplo, es simulado), no habrá doble venta. Y han de ser de compraventa.

Tampoco habrá doble venta si solo subsiste uno de los contratos.

En alguna ocasión, la jurisprudencia y parte de la doctrina han mantenido que el artículo 1473 CC solo resultaba aplicable en aquellos casos en los que la primera venta no se había consumado al celebrarse la segunda; porque si se ha consumado, lo que hay es venta de cosa ajena, no doble venta. Si el vendedor

Condición suspensiva

La aproximación del pacto de reserva de dominio a la condición suspensiva es la que ha tenido más aceptación en la doctrina y ha sido acogida por el Tribunal Supremo, dado que el propósito de las partes se concreta en la conservación por el vendedor de la propiedad del bien, sin perjuicio de que ello se pretenda con finalidad de garantía del pago del precio.

celebra un primer contrato de compraventa y entrega el bien al comprador, este se convierte en propietario y la segunda venta del mismo bien la realiza quien ya no es su dueño. Por tanto, se trataría de **venta de cosa ajena**.

Sin embargo, también se ha mantenido que el artículo 1473 CC tiene por objeto preservar la seguridad del tráfico jurídico, prescindiendo de la teoría del título y el modo, de manera que también cabe que la solución prevista en ese precepto determine una adquisición *a non domino*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, dictada por el Pleno, pretende dar una solución a este conflicto sobre la interpretación del artículo 1473 CC. De una parte, afirma que este precepto:

«[n]o altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según los casos, al estricto problema de cuál de los dos compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada, pues no debe olvidarse la ubicación del artículo 1473 precisamente en la sección del Código que trata “De la entrega de la cosa vendida”, dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones del vendedor».

De otra parte, mantiene que:

«[e]l propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material (art. 1462 CC, párrafo primero), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, art. 1462 CC, párrafo segundo), e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 CC tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria: con el artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2012 declara que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 ha venido a unificar la doctrina sobre la materia al considerar que el artículo 1473 CC incluye en su ámbito de aplicación las ventas múltiples que, a su vez, originen una venta de cosa ajena, como consecuencia de la consumación de la primera de las ventas:

«Esto es, se afirma que la doble venta y la venta de cosa ajena son figuras complementarias y no excluyentes que entran bajo el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC».

d) Identidad del objeto vendido. No hay doble venta si no coincide lo que se vende en un contrato y otro.

2) Criterios de solución

A la hora de solucionar el conflicto planteado por una doble venta, el artículo 1473 CC distingue entre la compraventa de bienes muebles y la de inmuebles.

a) **Compraventa de bienes muebles.** El artículo 1473.I CC establece que «[s]i una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble».

Como cabe apreciar, la cuestión es quién de los «diferentes compradores» será propietario. Y la solución pasa por aquel de ellos en el que concurran dos circunstancias: **buena fe y anterioridad en la posesión.**

b) **Compraventa de bienes inmuebles.** En relación con la compraventa de bienes inmuebles, en el artículo 1473 CC se contemplan tres criterios sucesivos de solución del conflicto.

- En primer lugar, hay que atender a la prioridad en la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1473.II CC), lo que no es más que aplicación de los **principios de prioridad registral** (art. 17 LH) e **inoponibilidad** (arts. 32 LH y 606 CC).
- Si ninguno de los compradores ha inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad, la propiedad pertenecerá, dice el artículo 1473.III CC, a quien de buena fe sea primero en la posesión.
- Finalmente, si no ha habido ni inscripción ni toma de posesión, la propiedad pertenecerá «a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Artículo 1473.II CC

El artículo 1473.II CC no exige que el comprador que primero inscriba sea, además, de buena fe, pero la jurisprudencia ha considerado de manera reiterada que en ningún caso cabe proteger al comprador de mala fe.

3) Efectos de la doble venta respecto del comprador no preferido

El artículo 1473 CC se limita a resolver el conflicto entre dos o más compradores de un mismo vendedor, pero no priva al comprador no preferido de las acciones que pueda ejercitar frente al vendedor. En el plano estrictamente civil, el vendedor habrá incumplido frente al comprador preferido, por lo que este puede acudir, al no ser posible el cumplimiento forzoso, a la resolución del contrato por incumplimiento con indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC).

Los riesgos

Desde el momento en que la compraventa se perfecciona, el vendedor está obligado a entregar la cosa, pero el comprador no adquiere la propiedad hasta que no concurra la tradición (arts. 609.II y 1095 CC).

Un problema tradicional estriba en determinar qué sucede si, entre la perfección del contrato de compraventa y la entrega de la cosa vendida, la cosa se pierde, y cómo afecta esto a la posición del vendedor y a la del comprador.

De la cuestión se ocupa el artículo 1452 CC, que establece que «[e]l daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Artículo 1452 CC

Cada párrafo del artículo 1452 CC se ocupa de un tipo de compraventa: el primer párrafo se refiere a la compraventa de cosa determinada (y de ahí la remisión a los 1096 y 1182 CC). El segundo párrafo se refiere a las llamadas ventas al montón, en bloque o al ojo; esto es, ventas de cosas pertenecientes a un género pero que se determinan por pertenecer al vendedor (por ejemplo, las que tenga en sus almacenes) y por fijarse un precio a tanto alzado y no por peso, número o medida Y finalmente, el tercer párrafo se refiere a la venta de cosas genéricas, cuyo precio se fija en relación con su peso, número o medida.

Parece oportuno distinguir entre la repercusión de esa pérdida en la posición del vendedor y del comprador, teniendo en cuenta cuál ha sido la causa de la pérdida.

En cuanto a la posición del vendedor, el vendedor responde de la pérdida cuando concurrió mora en la entrega (arts. 1096.III, 1101 y 1182 CC), se comprometió a entregarla a dos personas (art. 1096.III CC) o existió culpa o dolo del vendedor (art. 1182 CC). En tal caso, el comprador puede optar entre la indemnización de los daños (incluyendo el valor de la cosa perdida) o la resolución del contrato. Por el contrario, la obligación del vendedor se extingue cuando se produce la pérdida de la cosa sin su culpa, antes de haberse constituido en mora, y sin haberse obligado a entregarla a dos personas distintas. En ese caso, el problema es determinar si, a pesar de todo, el comprador debe pagar el precio o su obligación se extingue como la del vendedor. Este es el problema conocido como los «riesgos en el contrato de compraventa», y nos aboca a analizar la posición del comprador.

Se trata de determinar la posición del comprador en caso de pérdida fortuita de la cosa debida, una vez perfeccionada la compraventa. La doctrina ha mantenido varias tesis:

- 1) La tesis mayoritaria considera que el riesgo es del comprador (*periculum est emptoris*), que debe abonar el precio pese a la pérdida de la cosa vendida.
- 2) De forma más minoritaria, se han defendido otras dos interpretaciones.
 - a) Que el riesgo es del vendedor (*periculum est venditoris* o *res perit domino*), que no puede exigir el precio.

b) Que los riesgos deben ser soportados, a falta de pacto en contrario, por aquel contratante en cuyo provecho o comodidad se ha diferido la entrega de la cosa.

1.2.12. Regímenes especiales de compraventa

La venta de bienes muebles a plazos

La Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, tiene por objeto la regulación «de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos» (art. 1.1).

Se consideran **bienes identificables** «todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes» (art. 1.2).

Venta a plazos

La Ley de venta a plazos tiene carácter imperativo, puesto que:

«[s]e tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fuesen contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento» (art. 14).

La venta de productos de consumo

La posición del comprador presenta unos perfiles muy distintos cuando se trata de compraventa de productos de consumo. Según el artículo 114 TRLGDCU, el vendedor está obligado a entregar al consumidor productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Constatada la falta de conformidad en función de los criterios del artículo 116 TRLGDCU, el comprador dispone de una serie de acciones, ya que tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato (art. 118 TRLGDCU); la reparación y la sustitución tienen carácter preferente, mientras que la rebaja del precio y la resolución del contrato lo tienen subsidiario.

El consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada (art. 119.1 TRLGDCU). La reparación y la sustitución son gratuitas y deben llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, pero no cabe exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano (art. 120 TRLGDCU).

La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando este no pueda exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes. Sin embargo, la resolución no procede cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU). La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega (art. 122 TRLGDCU).

Se responde por la falta de conformidad que se manifieste en un plazo de dos años desde la entrega, aunque en los productos de segunda mano, se puede pactar un plazo menor, que no sea inferior a un año desde la entrega (art. 123.1 TRLGDCU). Este es el denominado *plazo de garantía*. El plazo de ejercicio de la acción es de tres años desde la entrega de la cosa (art. 123.3 TRLGDCU), aunque el comprador debe informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella (art. 124.4 TRLGDCU).

Contratación de bienes con oferta de restitución del precio

La Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, se aplica a las relaciones jurídicas por las que se comercializan bienes con oferta de restitución posterior, en un pago o varios, de todo el precio pagado por el consumidor o parte de él o una cantidad equivalente, con promesa de revalorización de este importe o sin ella (art. 1.1).

Los bienes que son objeto de comercialización (entendida, conforme al preámbulo de la Ley, como «enajenación mediante contratos traslativos del dominio o figuras que cumplan similar función económica») son «sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales en todo caso y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de la actividad» a la que se aplica la Ley (art. 1.2).

La venta automática

Aunque la regulación prevista en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, carezca por lo general de efectos jurídico-privados, es conveniente tener presente que, en lo que se refiere a la venta automática, se establecen dos reglas de interés.

1) Las máquinas de venta deben permitir la recuperación del importe introducido en caso de no facilitarse el producto solicitado (art. 51 LOCM).

2) Si las máquinas están instaladas en un local destinado al desarrollo de una empresa o actividad privada, se prevé la responsabilidad solidaria del titular de la empresa o actividad privada con el titular de la máquina frente al comprador respecto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la venta automática (art. 52 LOCM).

1.3. Régimen jurídico básico del contrato de permuta

1.3.1. Regulación general de la permuta

La **permuta** es un contrato característico de economías primitivas, pero que hoy en día permite dar cobertura a determinadas operaciones económicas.

Permuta

Por ejemplo, adquisición de sociedades mediante la permuta de acciones de la sociedad adquirida y la sociedad adquirente: canje de acciones, en su caso con compensación en efectivo (Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles); o swap o contratos de permuta financiera.

El Código civil regula la permuta en sus artículos 1538 a 1541, lo que da muestra del escaso peso de dicho contrato.

Cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico

Deben reseñarse los artículos 621-58 a 621-66 CCCat, relativos a la cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura. El artículo 621-56.1 CCCat indica que:

«[l]a permuta es el contrato por el que cada parte se obliga a entregar a la otra un bien conforme al contrato y a transmitir la titularidad, ya sea del derecho de propiedad o de los demás derechos patrimoniales, según su naturaleza».

En los preceptos que el Código civil dedica a la permuta, solo se regula la **permuta de cosa ajena** (art. 1539 CC), presuponiendo la validez de dicha permuta y la evicción en ella (art. 1540 CC), donde se aplicarán también las reglas sobre evicción en la compraventa con las necesarias adaptaciones.

1.3.2. Caracterización legal de la permuta

Conforme al artículo 1538 CC, la permuta «es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Así pues, consiste en un intercambio de (obligación de entregar) cosa por (obligación de entregar) cosa. La característica de la permuta o trueque es la **falta de precio**.

Como indica J. Ataz, la permuta se caracteriza por ser un contrato consensual y no formal, sinalagmático, oneroso, conmutativo y cuya finalidad es la transmisión de la propiedad.

1) El **carácter consensual** está establecido de forma expresa en el artículo 1538 CC, según el cual en virtud del contrato cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

2) No existe en nuestro Código civil ninguna previsión o precepto específico que requiera, con carácter general, determinada forma para la validez del contrato de permuta.

3) Es un **contrato sinalagmático, bilateral o recíproco**.

4) Es un **contrato oneroso**.

5) Se pueden plantear mayores dudas acerca del **carácter conmutativo** de la permuta.

6) Por último, la permuta, al igual que la compraventa, es un **contrato transmisivo**.

Con todo, la doctrina mayoritaria considera que, efectivamente, en el caso de la permuta, y a diferencia de la compraventa, cada permutante está obligado a transmitir al otro la propiedad de la cosa permutada.

1.3.3. Los elementos objetivos del contrato de permuta

El objeto de la permuta ha de ser una **cosa**, lo que excluye el dinero (en tal caso, se trataría de una compraventa) y los servicios (un intercambio de cosa por servicios es un contrato atípico).

Si una de las prestaciones combina dinero y cosa, el artículo 1446 CC establece que debe atenderse a la intención manifiesta de los contratantes y, en su defecto, será permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y venta en el caso contrario.

1.3.4. La denominada *permuta de solar por obra futura*

Una mención especial merece la **permuta de solar por obra futura**, en la que se produce un intercambio de cosa presente (el solar) por cosa futura (la obra que se va a construir). Una de las partes (el cesionario del solar) no solo se obliga a dar, sino también a hacer (construir). Por ello, el contrato contiene elementos del contrato de permuta y del contrato de obra. Se trata de un contrato atípico en el ámbito estatal, cuya única referencia normativa puede encontrarse en el artículo 13 RH.

En virtud del contrato de cesión, cada uno de los contratantes asume determinadas obligaciones. En el caso del cedente, está obligado a transmitir la propiedad del terreno, si así se ha pactado y, en cualquier caso, está obligado a la entrega de la posesión del solar en estado tal que permita realizar la construcción y, en su caso, de los deberes que ello implica en relación con la demolición de construcciones existentes y otros deberes accesorios. Por su parte, la

obligación principal del cesionario, junto a la de construir, es la de entregar la contraprestación pactada, y a este respecto el problema que se plantea es el momento en que el cedente adquiere el dominio y la naturaleza de su derecho en tanto ese derecho se materializa.

Partiendo de nuestro sistema basado en la teoría del título y del modo, no hay ninguna duda sobre lo imposible que resulta entregar de forma material aquello que no existe físicamente. Pero la polémica surge ante las formas de tradición espiritualizadas: la pregunta que se plantea es si la escritura pública en la que se documenta el contrato sobre un bien futuro tiene eficacia transmisiva. La jurisprudencia, desde la sentencia del Tribunal Supremo (contencioso) de 31 de enero de 2001, considera que la escritura pública no es suficiente para entender cumplido el requisito de la *traditio* cuando el objeto es futuro y no existe físicamente en el momento del otorgamiento; no puede operar la tradición prevista en el artículo 1462.II CC en relación con los inmuebles futuros.

El análisis de las hipótesis de incumplimiento especialmente relevantes en el ámbito de la cesión lleva a distinguir los supuestos de incumplimiento relativos al solar y aquellos supuestos de incumplimiento relativos a la entrega de los inmuebles pactados como contraprestación.

Así, siendo la obligación principal del cedente la entrega del solar para realizar la edificación, el fin pretendido exige que el terreno se entregue libre de cargas y gravámenes, a efectos de lo cual es común incluir en el contrato un pacto en tal sentido, concebido en muchas ocasiones como condición resolutoria.

En cuanto a los problemas de cumplimiento defectuoso referidos a los inmuebles pactados como contraprestación, el cedente tendrá los remedios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para cualquier adquirente de inmuebles y, en especial, el cesionario, que como dueño de la obra puede calificarse de promotor, responde por los vicios y defectos en los inmuebles conforme al régimen establecido en el artículo 17 LOE. Este régimen es compatible con los remedios contractuales entre las partes, según prevé la propia Ley de ordenación de la edificación.

Probablemente el mayor problema surge ante la restitución de las prestaciones por los contratantes, consecuencia de la resolución.

2. Los contratos gratuitos con función traslativa

2.1. Caracterización general de los contratos gratuitos con función traslativa

La delimitación de los contratos gratuitos con función traslativa exige tomar en consideración ambos extremos: la **gratuidad** y la **función traslativa**.

Dado el postulado de la conmutatividad que preside el tráfico jurídico-económico actual, es razonable que los actos gratuitos, en cuanto se apartan de ese postulado, se sometan a reglas especiales, intentando en última instancia proteger a quien se empobrece sin obtener nada a cambio, aunque sus motivos sean encomiables.

El paradigma del contrato gratuito es la **donación**. Pero en el propio Código civil nos encontramos con ejemplos de otros contratos gratuitos, sea con carácter esencial (como el comodato), sea con carácter natural (como el mandato, el depósito o el préstamo). También existen otros contratos gratuitos no tipificados, como la prestación gratuita de servicios.

La singularidad de la donación se acrecienta al combinar su carácter gratuito con su función. Por ello, debe subrayarse la peculiaridad que el artículo 609 CC implica para la donación. A los efectos de transmisión de la propiedad, la donación es mencionada por separado de aquellos contratos que requieren también la tradición. Ello supone que, en el plano traslativo, la donación no exige la concurrencia de tradición o mecanismo equivalente. Concurriendo los requisitos de la donación, se produce la transmisión del dominio sin que sea necesaria además la tradición.

2.2. Régimen jurídico básico de la donación

2.2.1. Regulación general de la donación

En el Código civil la donación se regula en sus artículos 618 a 656. Por ello hay que destacar su ubicación sistemática: no se regula en el libro cuarto del Código civil, dedicado a las obligaciones y contratos, sino en el libro tercero, que se ocupa de los diferentes modos de adquirir la propiedad.

En los artículos 1336 a 1343 CC se regulan las donaciones por razón de matrimonio, es decir, «las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos» (art. 1336 CC).

Hay que tener en cuenta la amplia regulación que merece la donación en la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales (arts. 531-7 a 531-22). También se contemplan en las leyes 158 a 164 FN.

En el Código de comercio no se prevé nada acerca de la donación.

2.2.2. Concepto legal de donación

En el artículo 618 CC, se ofrece un **concepto legal de donación**, entendida como aquel «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

De este concepto legal, se desprenden varias notas:

1) **La donación como acto.** En el artículo 618 CC se habla de acto por un planteamiento de origen histórico muy concreto, derivado de la influencia del Código civil francés en el español.

2) **La donación como liberalidad.** El Código civil no se limita a afirmar que la donación es un acto de disposición gratuita, sino que indica que es un acto de liberalidad. Ello implica que la donación presupone un determinado ánimo en el donante y en el donatario (*animus donandi*). Esta especial actitud anímica del donante es distinta de los motivos concretos (agradecimiento, imagen, etc.) que pueden llevar a favorecer a una persona.

3) **La donación como disposición gratuita.** La gratuidad consiste en la ausencia de correspectivo. El donante efectúa una prestación sin recibir a cambio ninguna contraprestación: supone, pues, un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario. La ausencia de correspectivo justifica la previsión de cautelas especiales (por ejemplo, formales o de capacidad) en la actuación del donante.

4) **La necesidad de aceptación en la donación.** Esta necesidad de aceptación del donatario no solo aparece en el artículo 618 CC, sino que se reitera en el artículo 630 CC. Sin su consentimiento, nadie puede ser enriquecido. Ciertamente, a pesar de su importancia, y como veremos a continuación, el Código civil no perfila el alcance de la aceptación del donatario de manera demasiado clara.

2.2.3. Naturaleza de la donación

Siempre se ha discutido la cuestión que se refiere a la naturaleza de la donación.

Así, se ha defendido la consideración de la donación como contrato, como negocio dispositivo y como contrato y modo de adquirir al mismo tiempo.

La donación que regula el Código civil es aquella cuyo efecto es la transmisión de la propiedad del objeto donado. Este es el tipo básico regulado en el Código civil (donación traslativa) y a la que nos referiremos en lo sucesivo. Pero es necesario preguntarse si, al margen del prototipo normativo, es admisible en nuestro ordenamiento una donación con efectos obligacionales (donación obligatoria), si cabe la promesa de donación y cómo se caracteriza la denominada *donación liberatoria*.

1) La **donación obligatoria** es aquella en la que el donante asume frente al donatario la simple obligación de transmitirle a título gratuito las cosas objeto del contrato. Se basa en el artículo 1255 CC y no resultan de aplicación la mayoría de las previsiones del Código civil en materia de donación, en la medida en que presuponen la eficacia traslativa de la donación.

2) La **promesa de donación** puede ser entendida en un doble sentido:

a) Como donación ofrecida al donatario, pero aún no aceptada por este. En rigor, nos hallamos ante una simple **oferta de donación**. La jurisprudencia se ha mostrado contraria a esta posibilidad, permitiendo al donante revocar su oferta cuando no constaba la aceptación.

b) Como precontrato de donación, por el que las partes acuerdan una **futura donación**. El alcance de esta figura depende de la concepción que se mantenga respecto del precontrato, pero en general la doctrina se muestra reacia a admitirla.

3) La **donación liberatoria** es aquella en la que el enriquecimiento del deudor se produce al condonar la deuda (art. 1187 CC): no existe desplazamiento patrimonial, puesto que el empobrecimiento del donante se produce por disminución contable (que no efectiva) de su patrimonio.

Las características de la donación en cuanto acto gratuito tiñen de un modo particular toda su estructura.

2.2.4. Elementos personales de la donación

En cuanto al **donante**, se exige capacidad para contratar y para disponer de los bienes (art. 624 CC).

En cambio, para ser **donatario**, los requisitos legales se flexibilizan, dadas las características de la donación.

1) Basta la capacidad natural (de entender y querer) y no se requiere la capacidad prevista en el artículo 1263 CC para la validez de los contratos, siempre que no se trate de donaciones condicionales u onerosas (arts. 625 y 626 CC).

2) Cuando se trate de donaciones condicionales u onerosas, la aceptación de los donatarios que no puedan contratar requiere la intervención de sus legítimos representantes (art. 626 CC).

3) Se admiten las donaciones a concebidos (que deben ser aceptadas por quienes los representarían si hubieran nacido [artículo 627 CC]).

4) En caso de donación conjunta a varias personas, conforme al artículo 637 CC, la regla general es que se atribuye por partes iguales, sin acrecimiento entre ellas, a excepción de la donación hecha a los cónyuges (véase también el artículo 1353 CC).

5) Como es lógico, la donación hecha a persona inhábil (es decir, a quien no puede ser donatario) es nula, aunque lo haya sido de forma simulada, con la apariencia de otro contrato, o por persona interpuesta (art. 628 CC).

2.2.5. Elementos objetivos de la donación

El Código civil no ofrece un tratamiento sistemático del objeto de la donación y se preocupa más bien de establecer ciertos límites. El artículo 618 CC habla de disposición de una cosa y en los artículos 634 y 635 CC se habla de bienes: de ello se deduce que pueden ser objeto de la donación tanto las cosas como los derechos (reales o de crédito).

¿Qué requisitos deben concurrir en los bienes donados? Los bienes donados deben individualizarse (art. 633 CC) y no cabe la donación de bienes futuros (art. 635 CC), entendiendo por tales aquellos de los que el donante no puede disponer en el momento de la donación. Esta restricción se relaciona con la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1271.II CC) y con el carácter traslativo de la donación.

La donación

El artículo 624 CC pone de manifiesto que la donación no puede concebirse exclusivamente como un contrato, porque en tal caso bastaría con la capacidad para contratar (no hay, por ejemplo, regla similar para la compraventa, que solo alude a la capacidad para obligarse [artículo 1457 CC]).

Además, el donante debe reservarse bienes suficientes, en plena propiedad o en usufructo, para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC). La donación que vulnera esta norma no es nula, pero permite al donante recuperar lo necesario para vivir.

Y, conforme al artículo 636 CC, no se pueden exceder a través de las donaciones los límites a la libre disposición sucesoria: «[n]inguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento».

El exceso se reputa inoficioso y se reduce (arts. 654 a 656 CC).

Reglas sucesorias del Código civil

La comprensión de la norma requiere tener en cuenta que las reglas sucesorias del Código civil imponen límites a la libertad de testar, a través del sistema de legítimas:

«[p]orción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (artículo 806 CC).

2.2.6. Elementos formales de la donación

En las exigencias formales encontramos alguna de las características más significativas de la donación, puesto que esas exigencias tienen carácter substancial. Son casos de forma *ad solemnitatem*, que se apartan del criterio general de libertad de forma del artículo 1278 CC. El incumplimiento de las exigencias formales determina la nulidad de la donación, por carencia de un requisito esencial.

Si se trata de donación de bienes muebles, hay que distinguir: si la **donación es verbal**, es necesaria la entrega simultánea de la cosa donada; si la **donación es por escrito**, basta el escrito (incluso privado) en el que conste la donación y la aceptación (art. 632 CC).

Si se trata de donación de bienes inmuebles, es necesaria en todo caso la **escritura pública**; y que conste del mismo modo la aceptación de la donación (art. 633 CC). Además, deben expresarse individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (art. 633 CC).

Se produce un problema muy frecuente cuando las partes simulan una compraventa en escritura pública cuando en realidad quieren donar (**simulación relativa**): ¿se cumple la exigencia de forma del artículo 633 CC con la escritura pública de compraventa (simulada)? Tradicionalmente, la jurisprudencia consideraba que era necesaria una escritura de donación (y no de compraventa) con carácter general, aunque se admitía la validez de las donaciones remuneratorias. Sin embargo, el criterio más reciente resulta más riguroso y exigente. A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, se en-

La aceptación

La aceptación puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; y si se hace en escritura separada, debe notificarse la aceptación en forma auténtica al donante (arts. 202 y sigs. RN), y se anota esta diligencia en ambas escrituras (art. 633 CC).

La aceptación del donatario no surte efecto si no se hace en vida del donante (art. 633.II CC).

tiende que esa donación disimulada, con la cobertura de una compraventa en escritura pública, siempre es nula, ya que no reúne las exigencias formales del artículo 633 CC.

2.2.7. Perfección de la donación

Como hemos comentado, a pesar de la importancia de la aceptación del donatario, el Código civil no precisa de manera adecuada cuál es su transcendencia en la donación y, en particular, cómo afecta a la perfección de la donación. Abordan esta cuestión dos preceptos con reglas contradictorias.

Por un lado, el artículo 623 CC dice que «[l]a donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario».

Y, por otro lado, en cambio, el artículo 629 CC dice que «[l]a donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación».

Como puede verse, los criterios son dispares. Según el artículo 623 CC, el momento relevante es el del conocimiento de la aceptación por parte del donante. Y, según el artículo 629 CC, el momento decisivo es el de la mera aceptación por parte del donatario (con independencia de cuándo la conozca el donante).

La doctrina ha intentado superar la antinomia identificando un ámbito de aplicación distinto para cada norma. Así, se ha dicho que el artículo 623 CC se aplica a la donación obligacional y el artículo 629 CC, a la donación traslativa. O que el artículo 623 CC se aplica a la donación de mueble por escrito y de cosa inmueble con aceptación posterior, y el artículo 629 CC a la donación de mueble manual (con entrega) y de inmuebles en la que donante y donatario comparecen en la misma escritura.

Sin embargo, basándose en los antecedentes de esas normas, se ha sugerido que, mientras que el artículo 629 CC se centra en la perfección de la donación, el artículo 623 CC se refiere al momento en que la donación gana fuerza definitiva y se hace irrevocable. En consecuencia, desde el momento en que la donación es aceptada, existe jurídicamente y produce efecto (art. 629 CC): por tanto, opera la transferencia de la propiedad de la cosa donada. Desde el momento en que la aceptación es conocida por el donante, la transmisión es irrevocable (art. 623 CC). Dicho de manera más simple: el artículo 629 CC se ocupa de la perfección de la donación y el artículo 623 CC, de su irrevocabilidad por mera decisión del donante.

2.2.8. Efectos de la donación

En cuanto a los efectos de la donación, su efecto básico es la adquisición por parte del donatario de la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho donadas (es decir, un enriquecimiento en su favor y un empobrecimiento del donante).

Transmisión

Sin aceptación del donatario, no hay transmisión (arts. 618 y 630 CC). La transmisión se produce desde la aceptación del donatario, pero el donante podrá revocar en tanto no conozca la aceptación (arts. 623 y 629 CC).

La obligación de saneamiento en caso de evicción se matiza, habida cuenta del carácter gratuito de la donación: solo surge esa obligación en las obligaciones con carga y hasta el límite del gravamen (art. 638 CC).

Aunque el artículo 638 CC solo alude al saneamiento por evicción y no a los otros tipos de saneamiento (por vicios o por gravámenes no aparentes), la doctrina coincide en ampliar la aplicación de la norma a todo tipo de saneamiento: el fundamento de la no responsabilidad del donante (el carácter gratuito de la disposición) es idéntico en todos los casos.

El donatario queda subrogado en las acciones que corresponderían al donante en caso de saneamiento.

Como regla general, el donatario no responde de las deudas del donante, pero puede llegar a responder de ellas si la donación se ha hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, y si se ha hecho en fraude de acreedores, cabe su rescisión (arts. 642 y 643 CC).

2.2.9. Revocación de la donación

En principio, toda donación es irrevocable desde el momento en que el donante conoce la aceptación del donatario. Sin embargo, por las propias características de la donación, en determinadas circunstancias se autoriza al donante a dejarla sin efecto. Son los casos de **revocación de la donación**.

El Código civil contempla tres supuestos de revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento de cargas y por ingratitud.

Causas de la revocación

Las causas recogidas en el artículo 644 CC y siguientes constituyen un *numerus clausus* y deben ser interpretadas de manera restrictiva. Lo que subyace es la prohibición de que el donante pueda recuperar los objetos donados por su mera voluntad. Además, la verificación de una de estas causas no implica una revocación automática, sino que faculta al donante para pedir la ineficacia de la donación. El alcance de esa revocación frente a personas distintas del donatario dependerá de la concurrencia de terceros protegidos, al amparo de los artículos 464 CC y 34 LH: obviamente, cuando se trate de bienes muebles

será más frecuente que el donante no recupere el bien donado y deba conformarse con recuperar su valor.

La **revocación por supervivencia o superveniencia de hijos** se regula en los artículos 644 a 646 CC, y requiere que se trate de una donación entre vivos en la que el donante no tuviera hijos ni descendientes y que, una vez efectuada la donación, el donante tenga hijos (aunque sean póstumos o adoptivos [STS de 6 de febrero de 1997]) o resulte vivo el hijo reputado muerto al donar.

Esta acción no tiene efectos frente a terceros, al menos mientras no conozcan que ha sido interpuesta la demanda o que concurre la supervivencia o la superveniencia de hijo: dadas las características de esta causa de revocación, los terceros (y, en ocasiones, el propio donatario) no pueden conocer su concurrencia si no se anota la demanda en el Registro de la Propiedad.

Si los bienes no pueden restituirse, se deberá restituir el valor de los bienes donados. Y esa restitución tiene en cuenta el valor en el momento de la donación, no en el momento de la revocación.

Pero se deben restituir los frutos de la cosa donada desde la interposición de la demanda (art. 651.I CC), lo cual es lógico porque hasta ese momento el donatario no puede conocer de la causa de revocación.

La **revocación por incumplimiento de cargas** se regula en los artículos 647 CC y 37 LH. El Código civil resulta muy impreciso en su terminología: habla de condiciones, que se deben entender en el sentido de cargas, obligaciones o gravámenes modales. En la donación se debe haber impuesto al donatario una carga que este ha incumplido.

Están legitimados para revocar el donante y sus herederos, salvo que el donante hubiera podido ejercitar la revocación y no lo hubiera hecho. La acción es irrenunciable con carácter previo a la verificación de la causa de revocación. Se discute doctrinalmente el plazo de ejercicio: si cuatro años por analogía con el artículo 1299 CC o cinco años por aplicación del plazo general del artículo 1964 CC.

En apariencia, esta acción tiene efectos retroactivos (art. 647.II CC), pero se protege a los terceros (art. 37 LH). Se deben restituir los frutos de la cosa donada desde el incumplimiento de la carga (art. 651.II CC).

La **revocación por ingratitud** se regula en los artículos 648 a 650 y 652 a 653 CC.

La revocación por ingratitud es posible:

- 1) Si el donatario comete algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.
- 2) Si el donatario imputa al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.
- 3) Si el donatario niega de forma indebida alimentos al donante.

Revocación por ingratitud

Con carácter general, están legitimados para revocar por ingratitud el donante y sus herederos, salvo que el donante hubiera podido ejercitar la revocación y no lo hubiera hecho.

No puede ejercitarse contra el heredero del donatario si a su muerte no estaba interpuesta la demanda. La acción es irrenunciable con carácter anticipado. Se debe ejercitar en el plazo de un año (probablemente, a pesar de los términos legales, plazo de caducidad) desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

En apariencia, esta acción tiene efectos retroactivos (art. 649 CC), pero se protege a los terceros, en cuyo caso se debe restituir el valor de los bienes donados (art. 650 CC). Se deben restituir los frutos de la cosa donada desde la interposición de la demanda (art. 651.I CC).

4) A los casos recogidos en el Código civil español, hay que añadir otro supuesto de revocación por ingratitud de reciente creación jurisprudencial: el **maltrato de obra o psicológico del donatario hacia el donante** (STS de 20 de julio de 2015).

2.2.10. Donaciones especiales

Junto al prototipo de donación que acabamos de exponer, el Código civil ofrece otros tipos de donación que se apartan de los criterios generales. Son las llamadas *donaciones especiales*.

La donación remuneratoria

La donación remuneratoria aparece indirectamente mencionada en el artículo 1274 CC, pero su régimen debe deducirse de los artículos 619 CC y 622 CC: «[e]s también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles [...]» y «[l]as donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente Título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto».

Las donaciones remuneratorias son las que se efectúan por los méritos del donatario o por servicios prestados al donante. Así, por ejemplo, agradecida por el descubrimiento de un fármaco que alivia la enfermedad hereditaria de su familia, Alma dona cien mil euros al Instituto de Investigación Biomédica de la Universidad; o, dado que su amigo Abraham no le ha cobrado por su intervención como abogado en cierto asunto, Bernabé le regala un reloj valorado en cinco mil euros. La intención del donante de corresponder a los méritos o a los servicios prestados se asemeja a un motivo causalizado.

La donación modal

La donación modal también se apoya en la combinación de los artículos 619 CC y 622 CC: «[e]s también donación [...] o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado» y «[l]as donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto».

Así pues, se trata de aquellas donaciones en las que se impone al donatario la realización de determinada conducta, sin que dicha conducta pueda considerarse técnicamente contraprestación por la donación.

Imposición de gravamen

A decir verdad, la combinación de los artículos 619 y 622 CC resulta incomprensible: en la donación remuneratoria no hay imposición de gravamen alguno. Cabe llegar a pensar que el codificador confundió las donaciones modales con las remuneratorias y viceversa.

Donación modal

En el Código civil, las dos principales consecuencias de la calificación de una donación como modal radican en la aplicación del régimen del saneamiento hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC) y la posibilidad de revocación en caso de incumplimiento del modo (art. 647 CC). Pero, precisamente, el régimen legal es claramente insuficiente: ¿se pueden aplicar de forma analógica las reglas del modo testamentario y exigir, por ejemplo, el cumplimiento del modo, en lugar de la revocación (arts. 797 y 798 CC)?

La donación *mortis causa*

La donación *mortis causa* se regula en el artículo 620 CC, que señala que «[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

En principio, son una declaración unilateral y personalísima (y, por tanto, revocable hasta el momento de la muerte), a las que se aplican las formas testamentarias. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011:

«[l]a donación *mortis causa* es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla *inter vivos* a otro o revocar simplemente aquella donación».

La RDGRN de 20 de febrero de 2017 recuerda que:

«para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia [...], que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, solo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía A. G. para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa “te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte”, “te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida...” [...] En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código civil, conforme al artículo 620 del mismo, la donación *mortis causa* se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la “donación *inter vivos, post mortem*”, es inscribible en el Registro».

La propiedad permanece en el donante hasta el momento de su muerte: el donante carece de intención de perder la propiedad en caso de vivir. El donatario debe sobrevivir al donante: aunque el donatario ostente la posesión, no adquiere la propiedad si no sobrevive.

La donación con reserva de la facultad de disponer

La donación con reserva de la facultad de disponer se prevé en el artículo 639 CC, conforme al cual «[p]odrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado».

Supone la legitimación del donante (y no de terceros) para disponer de cosas ajenas (la propiedad se transfiere al donatario con la donación).

Facultad de disposición

El donatario adquiere la propiedad de lo donado y puede disponer de lo donado, pero todos los negocios dependen en su eficacia definitiva de que el donante haga uso de la facultad de disposición o no. Si el donante no ejercita la facultad de disposición, los bienes permanecen definitivamente en el patrimonio del donatario.

La donación con cláusula de reversión

La donación con cláusula de reversión se aborda en el artículo 641 CC, en virtud de la cual «[p]odrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».

Así pues, se pacta la reversión de la cosa donada en favor del donante o de un tercero al cumplirse determinado plazo o condición o producirse cierto evento (con frecuencia, la muerte del donatario).

En tanto no se produzca la reversión, el donatario es pleno propietario de la cosa donada, pero su titularidad es claudicante: puede disponer de los bienes, con el riesgo de que se produzca la reversión.

3. Los contratos de uso y disfrute

3.1. Caracterización general de los contratos de uso y disfrute

El Código civil ofrece una concepción unitaria del arrendamiento, en sus artículos 1542 y siguientes.

Legalmente se considera **arrendamiento** cualquier intercambio de un servicio o el uso de una cosa a cambio de precio.

Este enfoque del arrendamiento como categoría general responde a una inercia histórica y carece de consecuencias normativas.

Resulta oportuno proceder a una revisión de las categorías del Código civil, poniendo el acento en la existencia de unos contratos de uso y disfrute, es decir, contratos en los que se constata una cesión del uso o goce de una cosa no consumible para ser devuelta a la finalización del contrato, sea a cambio de una contraprestación, sea con carácter gratuito.

Contratos de uso y disfrute

Dentro de esta categoría se deben situar los contratos de arrendamiento de cosa, estén sometidos al Código civil o a la legislación especial, de comodato y de precario. Por el contrario, deben ser objeto de atención separada los contratos de servicios en sentido amplio, donde los contratos de servicios en sentido estricto y el contrato de obra encuentran una ubicación más razonable.

3.2. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento de cosas

3.2.1. Concepto legal y caracteres del arrendamiento de cosas

Con arreglo al artículo 1543 CC, el arrendamiento de cosas es aquel contrato en el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Así pues, se trata de un intercambio temporal de cesión de uso o goce de una cosa a cambio de un precio.

Este contrato se caracteriza por ser consensual, sinalagmático, oneroso, comutativo, duradero y no formal.

3.2.2. Elementos objetivos del contrato de arrendamiento de cosas

El precio

El **precio** constituye un elemento esencial del arrendamiento de cosa. El Código civil exige la certeza del precio, pero no que consista necesaria o exclusivamente en dinero. La jurisprudencia admite cualquier contraprestación (por ejemplo, servicios o pago en especie), aunque también cabría configurar ese

contrato como un contrato atípico. La falta de precio supone que no nos hallemos ante un arrendamiento de cosa, sino ante un comodato o precario (art. 1741 CC).

La cesión temporal del uso de una cosa

La **cesión temporal del uso o goce de una cosa** revela que no se trata de un contrato traslativo de la propiedad. El arrendador conserva las facultades de disposición. No es necesario que se trate de cosas materiales; pueden ser objeto de arrendamiento, por ejemplo, las acciones de una sociedad anónima o los derechos de explotación de obras intelectuales.

Las características de la cosa cedida en arrendamiento resultan muy relevantes para determinar el régimen que se debe aplicar a ese arrendamiento.

1) **Arrendamiento de bienes muebles.** Las reglas del Código civil se aplican a todos los arrendamientos de bienes muebles, aunque los criterios del Código civil parecen estar pensados más bien para el arrendamiento de inmuebles.

El arrendamiento

El arrendamiento siempre es un contrato civil, aunque el arrendador sea una empresa dedicada al alquiler de bienes. El *renting* es un contrato de arrendamiento de bienes muebles en el que el arrendador corre con determinados gastos (reparaciones, impuestos, seguros, etc.) derivados del uso y disfrute a cambio de que el arrendatario abone una renta superior. Suele referirse a bienes sujetos a una rápida obsolescencia (por ejemplo, ordenadores, fotocopiadoras o vehículos) o a un constante desgaste y puede proporcionar al arrendatario beneficios fiscales, contables y financieros.

2) **Arrendamiento de bienes inmuebles.** Las reglas del Código civil se aplican a los arrendamientos de inmuebles no sometidos a la legislación especial, y con carácter supletorio a los arrendamientos sometidos a la legislación arrendaticia especial (arts. 4.2 y 3 LAU y 1.2 LAR).

Es muy importante subrayar que la legislación especial no aborda de forma deliberada todos los aspectos de la relación arrendaticia, por lo que es inevitable el recurso a los criterios del Código civil.

3) **Arrendamiento de universalidades.** Las reglas del Código civil rigen el arrendamiento de empresa o industria.

Arrendamiento de empresa o industria

Así pues, existe arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato no sean solo los bienes que se enumeren en él, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas (art. 3.1 LAU'1964). A pesar de que también se arrienda una edificación o parte de ella, no se aplican las reglas de la Ley de arrendamientos urbanos, lo que supone una menor imperatividad y una mayor amplitud de la autonomía privada (art. 1255 CC).

Bienes muebles

Por ejemplo, alquiler de esquís, botas y casco en una estación invernal; alquiler de un equipo de música para celebrar una fiesta, o alquiler de sillas, mesas, cubertería, vajilla y mantelería para organizar una cena.

Bienes inmuebles

Por ejemplo, alquiler de una serie de parcelas para facilitar la acampada y el aparcamiento de los asistentes a un festival de música.

Universalidades

Por ejemplo, al acercarse su jubilación, Ambrosio, dueño del restaurante Comoencasa, acuerda con su cocinera, Belisaria, el arrendamiento del local junto con todos sus elementos y partes integrantes (cocina, menaje, etc.).

3.2.3. Elementos temporales del contrato de arrendamiento de cosas

La exigencia de tiempo determinado del artículo 1543 CC excluye el **arrendamiento a perpetuidad**, pero se admite el arrendamiento sin fijación de plazo: los artículos 1577 y 1581 CC se ocupan de intentar establecer la duración del arrendamiento cuando las partes no lo han fijado.

3.2.4. Las obligaciones del arrendador

Las principales obligaciones del arrendador se enumeran en el artículo 1554 CC y son entregar la cosa, repararla y garantizar la posición del arrendatario frente a las perturbaciones.

La obligación de entregar la cosa supone que ha de producirse un traspaso posesorio de la cosa (y sus accesorios [artículo 1097 CC]) en condiciones para servir a su destino.

Conforme a los artículos 1558 y 1559 CC, el arrendador ha de conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, efectuando las reparaciones necesarias. No importa el motivo de la reparación mientras no provenga de la culpa del arrendatario.

La garantía del arrendador frente a las perturbaciones se concreta en la reacción frente a las de puro hecho (el arrendador no responde y el arrendatario puede dirigirse directamente contra el perturbador [art. 1560 CC]) y en la obligación de saneamiento (el artículo 1553 CC se remite a las reglas sobre el saneamiento en la compraventa).

3.2.5. Las obligaciones del arrendatario

Las obligaciones principales del arrendatario aparecen en el artículo 1555 CC, y consisten en el pago del precio, el uso diligente de la cosa y el pago de los gastos de escritura. Aunque no se mencione en ese precepto, es evidente que el arrendatario debe restituir la cosa al terminar el contrato y que asume ciertas obligaciones y cargas en orden a las reparaciones y mejoras.

Las partes fijan libremente el precio del arrendamiento (la renta). Conforme al artículo 1574 CC, si no se indica el lugar del pago, esto supone aplicar el artículo 1171 CC; y el silencio en cuanto al tiempo implica que se acuda a la costumbre de la tierra.

En cuanto al pago de los gastos de escritura, se trata de una norma dispositiva y de escasa aplicación, dada la infrecuencia con que se otorga escritura pública.

Duración del arrendamiento de cosa

La libertad de las partes en cuanto a la duración del arrendamiento de cosa en el Código civil contrasta con las previsiones para el arrendamiento de vivienda y para el arrendamiento rústico.

El arrendatario debe usar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. Dado que el uso supone la posesión de la cosa, también debe custodiarla. En cuanto a los deterioros, se presume la culpa del arrendatario (art. 1563 CC).

Al concluir el arriendo, el arrendatario debe devolver la finca tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable (art. 1561 CC).

Respecto de las mejoras introducidas por el arrendatario en la cosa arrendada, el artículo 1573 CC le concede los mismos derechos que se reconocen al usufructuario (arts. 487 y 488 CC), lo cual significa, básicamente, que no hay indemnización por las mejoras introducidas, pero el arrendatario puede retirarlas (si no causa detrimento) o puede compensarlas con los desperfectos.

3.2.6. Régimen del subarriendo y de la cesión del contrato de arrendamiento de cosa

Los artículos 1550 a 1552 CC regulan el subarriendo. En el Código civil se permite el subarriendo, sea total, sea parcial, salvo pacto en contrario. Se reconoce al arrendador una acción directa contra el subarrendatario por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento.

En cambio, no existe previsión específica para la cesión de contrato de arrendamiento. Nada impide que las partes pacten al principio la facultad del arrendatario de ceder el contrato o que así lo acuerden una vez celebrado el contrato de arrendamiento. Si no hay pacto previo y el arrendador no consiente, no cabe la cesión.

3.2.7. Supuestos especiales de terminación del arrendamiento de cosa: cuestiones procesales

Además de las causas generales, el Código civil regula de forma asistemática una serie de supuestos especiales de terminación del arrendamiento de cosa: la tácita reconducción, la pérdida de la cosa, la resolución del contrato y la enajenación de la cosa arrendada.

Como regla general, prevista en el artículo 1565 CC, el cumplimiento del tiempo determinado supone la extinción del contrato. Ahora bien, como excepción, surge la denominada *tácita reconducción*, recogida en el artículo 1566 CC: «[s]i al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador».

El efecto básico de la **tácita reconducción** no es una prórroga del contrato anterior, sino un nuevo contrato, cuyo tiempo de duración no es igual al pactado en un principio sino el derivado de los artículos 1577 y 1581 CC, en función del plazo estipulado para la forma de pago de la renta.

En cuanto a la **pérdida de la cosa arrendada**, el artículo 1568 CC se remite a las reglas generales de los artículos 1182 y 1183 CC. En consecuencia, la pérdida sin culpa del arrendatario significa la extinción de la obligación, pero el Código civil presume la culpa del arrendatario.

La **resolución del contrato** está prevista en el artículo 1556 CC (aunque se hable impropriadamente de rescisión) para el caso de incumplimiento. La resolución debe tener en cuenta el carácter de la relación arrendaticia, por lo que la regla será la eficacia no retroactiva (*ex nunc*) de la resolución.

El **desahucio** es el procedimiento regulado en la Ley de enjuiciamiento civil por el que el arrendador puede pedir la expulsión del arrendatario del inmueble arrendado y recuperar la posesión inmediata de la cosa por falta de pago o expiración del término (arts. 250.1.1.^a y 249.1.6.^a LEC). Ahora bien, el Código civil alude al desahucio en el artículo 1569 CC en un sentido distinto, puesto que no limita el objeto arrendado y amplía las causas que dan lugar a él.

El desahucio del Código civil y el de la Ley de enjuiciamiento civil

Se constata una cierta descoordinación entre el desahucio del Código civil y el de la Ley de enjuiciamiento civil. En el Código civil, el desahucio se presenta como una consecuencia de la resolución del contrato de arrendamiento, por lo que no es sino una proyección (más favorable para el arrendador) del criterio general del artículo 1124 CC. En cambio, en la Ley de enjuiciamiento civil, las causas de desahucio son limitadas (impago o expiración del término), pero hay otros procedimientos arrendaticios donde su objeto es más amplio. En la Ley de enjuiciamiento civil, la diferente tramitación de los procedimientos arrendaticios se basa en el fundamento de la demanda.

Por último, la **enajenación de la cosa arrendada**, prevista en el artículo 1571 CC, asume el principio «venta quita renta»: el contrato de arrendamiento solo afecta a las partes (arrendador y arrendatario), por lo que no puede vincular al tercero que adquiere su derecho del arrendador. La extinción del contrato no se produce si el tercero no ejercita su facultad de dar por terminado el contrato, si hay pacto en contrario entre adquirente y arrendador o el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad.

3.3. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento urbano

3.3.1. Evolución legislativa en el ámbito de los arrendamientos urbanos

El paradigma de arrendamiento en el Código civil es el arrendamiento de inmueble, pero son escasas las normas que solo hagan referencia al supuesto en que el inmueble tiene carácter urbano: artículos 1580 a 1582 CC. Como es ca-

Tácita reconducción

Ello supone que los incumplimientos anteriores no justifiquen la resolución del nuevo contrato y que, conforme al artículo 1567 CC, desaparezcan las garantías del contrato anterior.

La enajenación

La extinción del arrendamiento de cosa en el Código civil como consecuencia de la enajenación por parte del arrendador contrasta con las previsiones para el arrendamiento de vivienda y para el arrendamiento rústico.

racterístico en el modelo codificado, en el diseño legal prevalece la autonomía privada y la libertad de pactos. Ante el posible desequilibrio que podía derivarse de esa libertad, en perjuicio de los arrendatarios, y en particular teniendo en cuenta modernamente el derecho constitucional a una vivienda digna (art. 47 CE), surge una legislación especial de arrendamientos urbanos. Ahora bien, cuando el arrendamiento recae sobre una edificación no destinada a vivienda, no es necesario establecer esas medidas de protección del arrendatario.

Evolución legislativa

La evolución legislativa reciente en el ámbito de los arrendamientos urbanos debe detenerse en diversos momentos históricos: el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de arrendamientos urbanos; el Real decreto ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (el mal conocido popularmente como «Decreto Boyer»); la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, y las modificaciones introducidas en esta Ley por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En los últimos tiempos, deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas en la Ley de arrendamientos urbanos por el Real decreto ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que no llegó a ser convalidado por el Congreso de los diputados; y el Real decreto ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Los principios y criterios en cada momento histórico no han sido coincidentes.

En cualquier caso, el problema que se planteaba en 1994 y que se resolvía con una casuística complejísima era el de la **retroactividad** de esa normativa, es decir, ¿cómo afectaba la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 a los contratos celebrados con anterioridad y que continuaban vigentes? ¿Cuál era el grado de retroactividad de la Ley de 1994?

A estos efectos conviene distinguir diversas situaciones, cuya transcendencia es progresivamente menor:

1) Contratos anteriores al 1 de enero de 1995. Hay que diferenciar dos supuestos:

a) Contratos anteriores al 9 de mayo de 1985: se aplican las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta de la LAU 1994, que suponen la aplicación de los criterios de la Ley de 1964, con reglas especiales sobre extinción, subrogación, actualización de renta, repercusión de gastos, etc.

b) Contratos posteriores al 9 de mayo de 1985: se aplica la disposición transitoria primera de la LAU 1994, que significa la aplicación sustancial de los criterios de la Ley de 1964 y del Real decreto ley 2/1985.

2) Contratos posteriores al 1 de enero de 1995: se aplican los artículos 1 a 37 de la LAU 1994.

3.3.2. Arrendamiento urbano, de vivienda y de uso distinto al de vivienda

En el planteamiento legal, el **arrendamiento urbano** es el que recae sobre una edificación (art. 1 LAU).

La distinción básica se establece en función del destino de dicha edificación: sea para vivienda (para lo cual debe ser habitable), sea para uso distinto del de vivienda (arts. 1, 2.1 y 3.1 LAU).

El **arrendamiento de vivienda** es el que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario (art. 2.1 LAU).

Arrendamiento de vivienda

El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho o sus hijos dependientes (art. 7 LAU).

Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador (art. 2.2 LAU).

La delimitación del **arrendamiento para uso distinto del de vivienda** tiene carácter negativo (art. 3.1 LAU): el que no se destina a la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, sin que se exija que se trata de edificación habitable. Además, el artículo 3.2 LAU efectúa una enumeración de supuestos meramente ejemplificativa: arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley de arrendamientos urbanos una serie de casos (art. 5 LAU): uso de viviendas por razón del cargo o servicio (por ejemplo, porteros o guardas); uso de viviendas militares; arrendamiento de fincas con casa-habitación con finalidad primordial de aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal; uso de viviendas universitarias, y cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

La Ley de arrendamientos urbanos distingue tres grandes bloques normativos: normas aplicables a todo contrato de arrendamiento urbano, normas aplicables a los arrendamientos de vivienda y normas aplicables a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Conviene destacar la importancia de la distinción entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En función de esa calificación, y en consonancia con el derecho fundamental a la vivienda (art. 47 CE), la protección del arrendatario, traducida en la presencia de normas imperativas, resulta mucho más intensa en el caso de arrendamiento de vivienda. Por el contrario, cuando se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, no se constata esa necesidad de protección de una de las partes del contrato, y el alcance de la autonomía privada y de la libertad de pactos es mucho mayor, al igual que cuando se trata de arrendamientos de vivienda que puedan ser considerados suntuarios.

Suntuarios

Viviendas de más de trescientos metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda, véase artículo 4.2 LAU.

Normas aplicables a todo contrato de arrendamiento urbano

Las normas aplicables a todo contrato de arrendamiento urbano son las referidas a la fianza arrendaticia y a la forma del contrato.

La **fianza arrendaticia**, regulada en el artículo 36 LAU, a pesar de su denominación, constituye una prenda irregular. En realidad, es un modo de financiación de las comunidades autónomas, al imponer a los arrendadores un depósito sin interés (disp. adic. 3.ª LAU). Su cuantía es diversa: una mensualidad en caso de arrendamiento de vivienda, o dos mensualidades en caso de arrendamiento para uso distinto. La fianza arrendaticia no excluye la posibilidad de pactar garantías adicionales (por ejemplo, aval bancario). No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 36.5 LAU:

«[e]n el caso del arrendamiento de vivienda, en contratos de hasta cinco años de duración, o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta».

La **forma del contrato** se regula en el artículo 37 LAU, reiterando el criterio de libertad de forma del Código civil. Lo más habitual es que se efectúe por escrito, y en su caso la constancia en escritura pública permite su acceso al Registro de la Propiedad: artículo 2.5 LH y Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos.

Normas aplicables al arrendamiento de vivienda

Para determinar las normas aplicables al arrendamiento de vivienda, es preciso partir del régimen jurídico que se proyecta a esos contratos.

Conforme al artículo 4.2 LAU, los arrendamientos de vivienda (salvo los que puedan considerarse arrendamientos suntuarios por el elevado importe de la renta o la gran superficie de la vivienda arrendada, según el párrafo segundo del artículo 4.2 LAU) se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil.

Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario los criterios de los artículos 6 a 28 LAU, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice (art. 6 LAU).

Las características más destacadas del arrendamiento de vivienda son las que se exponen en los párrafos a continuación.

En cuanto a su duración, el artículo 9 LAU garantiza al inquilino una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, mediante, en su caso, un sistema de prórrogas obligatorias para el arrendador y facultativas para el arrendatario. Superado ese plazo de cinco o siete años según si el arrendador fuera persona física o jurídica, se prevé la posibilidad de nueva prórroga del contrato por un periodo de hasta tres años más a favor del arrendatario, siempre que llegado el vencimiento del contrato y, en su caso, de las prórrogas obligatorias para el arrendador, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo (art. 10 LAU).

El artículo 11 LAU prevé una facultad legal de desistimiento en favor del arrendatario (y no del arrendador): el arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, el arrendatario deba indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.

En el artículo 13 LAU se regula la transcendencia en la posición del arrendatario en caso de resolución del derecho del arrendador por retracto convencional, apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o ejercicio de opción de compra. El precepto dispone que «[e]l arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete» en el caso de que el arrendador fuera una persona jurídica. De igual modo, el artículo 14 establece que «[e]l adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco

Problemática

El problema que se plantea ahora es determinar en qué medida los criterios previstos en el título II de la Ley prevalecen sobre la voluntad de las partes.

Facultad legal

Esta facultad legal no excluye la validez de las cláusulas contractuales de desistimiento del arrendatario, con sus propios presupuestos y efectos.

primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica», y ello aunque el adquirente fuera tercero protegido por el artículo 34 LH.

La muerte del arrendatario no comporta a la fuerza la extinción del arrendamiento: el artículo 16 LAU diseña un complejo y casuístico sistema para permitir a determinados familiares la continuación del arrendamiento. Se admite la exclusión de esa continuación en contratos de duración inicial superior a cinco años, o a siete si el arrendador fuese persona jurídica.

Las partes son libres de fijar la cuantía de la renta, el momento, el lugar y la forma de pago, aunque el artículo 17 LAU establece reglas supletorias.

Reglas supletorias

El artículo 17.5 LAU permite que las partes pacten que, durante un plazo determinado, la obligación del pago de la renta pueda reemplazarse total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble en los términos y condiciones pactadas. Al finalizar el arrendamiento, el arrendatario no podrá pedir en ningún caso compensación adicional por el coste de las obras realizadas en el inmueble. El incumplimiento por parte del arrendatario de llevar a cabo las obras en los términos y condiciones pactadas podrá ser causa de resolución del contrato de arrendamiento y resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 23.2 LAU.

Según dispone el artículo 18 LAU, durante la vigencia del contrato, la renta solo podrá ser revisada por el arrendador o arrendatario en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del contrato y si las partes así lo hubiesen pactado expresamente. En defecto de pacto expreso, no se aplicará revisión de rentas a los contratos.

Si las partes hubieran pactado la revisión de la renta pero no hubieran establecido el índice o metodología de referencia, la renta se revisará para cada anualidad por referencia a la variación anual del índice de garantía de competitividad a fecha de cada revisión, tomando como mes de referencia para la revisión el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha en que se revise el contrato.

Finalmente, el artículo 18 LAU establece una limitación al importe del incremento que puede producirse a través del sistema de revisión de la renta, señalando que el incremento no podrá exceder del resultado de aplicar la variación porcentual experimentada por el índice de precios al consumo a fecha de cada actualización.

Las obras de mejora efectuadas por el arrendador durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, no dan derecho a aumentar la renta. En cambio, efectuadas a partir de ese momento, se puede elevar la renta aplicando al capital invertido en la mejora (descontadas las subvenciones públicas obtenidas para la realización de

la obra) el tipo de interés legal del dinero en el momento de finalizar las obras incrementado en tres puntos, sin que pueda exceder el aumento del veinte por ciento de la renta vigente en aquel momento (art. 19 LAU).

En cuanto a los gastos generales de la vivienda, en principio son asumidos por el arrendador, pero puede pactarse por escrito que los asuma el arrendatario, siempre que conste el importe anual de gastos.

Los gastos por servicios individuales (por ejemplo, teléfono, electricidad o agua) son a cargo del arrendatario.

El pacto sobre tributos (por ejemplo, abono del IBI) es válido, pero no afecta a la Administración (art. 20 LAU).

Los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serán a cargo del arrendador cuando este sea persona jurídica.

Con carácter general, corresponde al arrendador efectuar en la vivienda arrendada las reparaciones necesarias para conservarla en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, sin tener por ello derecho a la elevación de la renta. Por el contrario, son a cargo del arrendatario las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda (art. 21 LAU).

El arrendatario está obligado a soportar que el arrendador realice obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta el final del arrendamiento (art. 22.1 LAU).

El arrendatario no puede realizar obras que modifiquen la configuración de la vivienda o que provoquen una disminución en su estabilidad o seguridad sin el consentimiento escrito del arrendador (art. 23 LAU). Sí puede realizar las obras necesarias, previa notificación escrita al arrendador, para adecuar la vivienda a su minusvalía o a la de ciertos familiares, aunque tenga obligación, al concluir el contrato, de reponer la vivienda al estado anterior si así lo exige el arrendador (art. 24 LAU).

La cesión del arrendamiento de vivienda por parte del arrendatario exige el consentimiento escrito del arrendador. Solo se admite el subarriendo parcial (en ningún caso, el total) de la vivienda con consentimiento previo y escrito del arrendador y siempre que el precio del subarriendo sea inferior al del arriendo (art. 8 LAU).

Al arrendatario se le concede en caso de venta de la vivienda arrendada un derecho de adquisición preferente (tanteo y retracto). Solo pueden inscribirse las ventas de viviendas arrendadas si se justifican las notificaciones al arrendatario en relación con su derecho de adquisición preferente. El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tiene preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto de condueños o el convencional inscrito en el

Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento (art. 25 LAU). Ahora bien, en cualquier contrato de arrendamiento de vivienda, «las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente».

Conforme al artículo 27 LAU, el incumplimiento de las obligaciones contractuales permite optar entre la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso (como en el artículo 1124 CC).

La resolución a instancia del arrendador puede producirse, en particular, en caso de falta de pago de la renta, de las cantidades asimiladas o de la fianza; falta de consentimiento al subarriendo o cesión o a las obras realizadas; causación dolosa de daños en la finca; actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas en la vivienda, o no destino del inmueble a la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda.

La resolución a instancia del arrendatario puede producirse, en particular, en caso de no realización de reparaciones, conforme al artículo 21 LAU; o perturbación de hecho o de derecho del arrendador en el uso de la vivienda.

Normas aplicables al arrendamiento de uso distinto al de vivienda

Para determinar las normas aplicables al arrendamiento para uso distinto del de vivienda, es necesario previamente identificar el régimen jurídico que se proyecta a esos contratos.

Conforme al artículo 4.3 LAU, prevalece la voluntad de las partes; en su defecto, se aplican los artículos 29 a 35 LAU y, por último, lo dispuesto en el Código civil. Es evidente la importancia que la autonomía privada tiene en este tipo de contratos. Hay que tener en cuenta que la regulación del contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda es muy fragmentaria. Solo se abordan determinados aspectos, en unos casos para remitirse a lo previsto para el arrendamiento de vivienda y, en otros, para apartarse claramente de ese régimen.

En cualquier caso, conviene recordar que las normas previstas en la Ley para el arrendamiento para uso distinto del de vivienda tienen siempre carácter dispositivo.

En cuanto a la enajenación de la vivienda arrendada, el artículo 29 LAU prevé la subrogación del adquirente en los derechos del arrendador, salvo que el adquirente esté protegido por la fe pública registral (art. 34 LH). No se establece un periodo de máxima protección, ni se distingue en función de la duración del contrato, como en el artículo 14 LAU.

A diferencia de lo previsto en el artículo 8 LAU, ni la cesión del contrato ni el subarriendo (total o parcial) requieren consentimiento del arrendador: basta la notificación fehaciente. En caso de cesión y de subarriendo total, el arrendador tiene derecho a una elevación del veinte por ciento de la renta; en caso de subarriendo parcial, a una elevación del diez por ciento (art. 32 LAU).

Conforme al artículo 33 LAU, la muerte del arrendatario que ejerza una actividad empresarial o profesional permite la subrogación del heredero o legatario que continúe el ejercicio de dicha actividad (no se vincula a la condición de familiar, como en el artículo 16 LAU).

El artículo 34 LAU, sin paralelo en el ámbito del arrendamiento de vivienda, reconoce al arrendatario una indemnización en caso de actividad comercial de venta al público durante cinco años, extinción del contrato por transcurso del periodo pactado y manifestación de voluntad del arrendatario de renovación del contrato. Para el cálculo de la indemnización se tiene en cuenta si el arrendatario comienza la misma actividad en el mismo municipio o si el arrendador o un tercero comienzan en el local la misma actividad o una afín a la del arrendatario.

Los artículos 30 y 31 LAU se remiten a los artículos 19, 21, 22, 23, 25 y 26 LAU, previstos para el arrendamiento de vivienda.

En comparación con el artículo 27 LAU, el artículo 35 LAU limita las causas de resolución a instancia del arrendador: falta de pago de la renta, de las cantidades asimiladas o de la fianza; realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de este sea necesario; subarriendo o cesión en contra de lo previsto en el artículo 32 LAU, o actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas en la vivienda.

3.4. Régimen jurídico básico del contrato de arrendamiento rústico

3.4.1. Evolución legislativa en el ámbito de los arrendamientos rústicos

Como hemos indicado, el paradigma de arrendamiento en el Código civil es el arrendamiento de inmueble, pero son también escasas las normas relativas al supuesto en que el inmueble tiene carácter rústico: artículos 1575 a 1579 CC. Las normas del Código civil confieren prevalencia a la autonomía privada y a la libertad de pactos. Por ello, muy pronto se constató la necesidad de establecer límites a la autonomía privada y reglas que protegieran en mayor medida al arrendatario para conferir cierta estabilidad en la explotación de la finca, lo cual dio lugar a una legislación especial de arrendamientos rústicos.

Evolución normativa

Los hitos fundamentales más recientes de la evolución normativa en esta materia pasan por la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos; la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias; la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, que derogó la Ley de 1980; y la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos.

3.4.2. Delimitación del arrendamiento rústico

El concepto de **arrendamiento rústico** se establece en el artículo 1.1 LAR, conforme al cual son aquellos contratos «mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta».

Los criterios legales contenidos en los artículos 4, 1.3 y 2 LAR permiten considerar como arrendamiento rústico no solo la cesión de una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, sino también la cesión de esos aprovechamientos o la cesión de explotación.

El artículo 6 LAR exceptúa ciertos arrendamientos de la aplicación de la Ley (por ejemplo, arrendamientos que por su índole sean solo de temporada, inferior al año agrícola, o los de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario para la siembra o para la plantación a la que específicamente se refiera el contrato). Y el artículo 5 LAR no considera como arrendamiento rústico «los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos, ni, en general, los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada, aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento singular».

3.4.3. Régimen aplicable al arrendamiento rústico

Conforme al artículo 1.2 LAR, el régimen aplicable al arrendamiento rústico es el siguiente: las normas imperativas de la Ley de arrendamientos rústicos, los acuerdos de las partes, las normas dispositivas de la Ley de arrendamientos rústicos (aunque no se mencionen en el artículo 1.2 LAR), las normas del Código civil y los usos y costumbres.

Conforme al artículo 11.1 LAR, la regla general es que el contrato de arrendamiento rústico debe constar por escrito.

Desde el punto de vista personal, el artículo 9.1 LAR permite celebrarlo entre personas físicas o jurídicas, aunque ese mismo precepto establezca ciertas limitaciones. La condición de «agricultor profesional» no es requisito para ser titular de un arrendamiento, sino que esa condición solo afecta a los derechos de adquisición preferente.

La reforma de 2005 incidió directamente en la cuestión de la duración del contrato (art. 12 LAR). Por un lado, aumentó la duración mínima de tres a cinco años (se justificó en que algunas ayudas públicas exigen un compromiso de mantenimiento de la explotación superior a tres años y en que se fomenta la realización de inversiones estructurales en la finca y se tiene en cuenta que ciertos cultivos requieren mayor duración). Y por otro, exigió que el arrendador, a falta de un año, decidiera si quería recuperar la finca o continuar el arrendamiento. Las prórrogas, que tienen carácter indefinido, tienen una duración de cinco años.

La renta es la que libremente estipulen las partes (art. 13.1 LAR). El arrendador y el arrendatario están obligados a permitir la realización de las obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte contratante (art. 17.1 LAR). El arrendador, sin derecho a aumentar por ello la renta, realizará todas las obras y reparaciones necesarias para conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato (art. 18.1 LAR). Y también corresponden al arrendador las obras, mejoras o inversiones que, por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firmes o por acuerdo firme de la comunidad de regantes sobre la modernización de regadíos para el cambio de sistema de riego, hayan de realizarse sobre la finca arrendada (art. 19.1 LAR). En cambio, corresponden al arrendatario las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad y las que le vengan impuestas por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firmes, o por acuerdo firme de la comunidad de regantes relativo a la mejora del regadío que sea también propia del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad, sin que por ello tenga derecho a disminución de la renta ni a la prórroga del arriendo, salvo que por acuerdo de las partes o de las propias disposiciones legales o resoluciones judiciales o administrativas resultase otra cosa (art. 20.1 LAR). Al acabar el arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a pedir una indemnización al arrendador por el aumento del valor de la finca arrendada por las mejoras realizadas, siempre que estas se hayan efectuado con el consentimiento del arrendador (art. 20.4 LAR). Las mejoras útiles y voluntarias se rigen por el acuerdo de las partes y, en su defecto, por el régimen establecido por el Código civil para el poseedor de buena fe, previsto en los artículos 453 y 454 CC (art. 21 LAR).

En caso de enajenación de la finca arrendada, se debe diferenciar:

- 1) si el adquirente está amparado por el artículo 34 LH, este queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, es decir, se respeta el plazo que reste de la duración mínima o de la prórroga en curso;
- 2) si el adquirente no está amparado por el artículo 34 LH, este queda también subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, pero se respeta la duración total pactada (art. 22.1 LAR).

Los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente fueron suprimidos en 2003 (en coherencia con la reducción de la duración del arrendamiento) y fueron reintroducidos en 2005. Procede el tanteo y el retracto en toda transmisión *inter vivos* de la finca arrendada (art. 22.2 LAR). Solo pueden inscribirse las transmisiones de fincas rústicas arrendadas si se justifican las notificaciones al arrendatario (art. 22.4 LAR). El derecho de adquisición del arrendatario rústico prevalece sobre cualquier otro derecho similar, salvo el retracto de colindantes (art. 22.6 LAR).

La cesión y el subarriendo se rigen por lo pactado y, en su defecto, requiere consentimiento expreso del arrendador, salvo que se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario (art. 23 LAR).

Las causas de terminación del arrendamiento se prevén en el artículo 24 LAR: pérdida total de la cosa arrendada y por expropiación forzosa cuando sea también total; expiración del término convencional o legal y de la prórroga, en su caso; mutuo acuerdo de las partes; desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación; muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos; extinción de la persona jurídica o la comunidad arrendataria; resolución del derecho del arrendador; resolución o rescisión del contrato en los supuestos legalmente contemplados.

A instancia del arrendador, el contrato puede resolverse (art. 25 LAR) en los siguientes casos: falta de pago de las rentas y de las cantidades asimiladas a ella; incumplimiento

grave de la obligación de mejorar o transformar la finca a la que el arrendatario se hubiese comprometido en el contrato y a aquellas otras que vengan impuestas por norma legal o resolución judicial o administrativa; no explotación de la finca, aun parcial, o destino, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el contrato; subarriendo o cesión con incumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 23 LAR; aparición sobrevinida de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 7.1, y causación de graves daños en la finca, con dolo o negligencia manifiesta.

Tanto el arrendador como el arrendatario podrán rescindir el contrato por el incumplimiento de la otra parte de la obligación de satisfacer gastos de conservación y mejoras, en los términos de los artículos 18, 19 y 20 LAR (art. 26 LAR).

En caso de extinción del contrato, el arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y, al mismo tiempo, el entrante tiene obligación de permitir al saliente lo necesario para recolectar y aprovechar los frutos, en la forma prevista en el artículo 1578 CC (art. 27 LAR).

3.5. Régimen jurídico básico del contrato de comodato

3.5.1. Concepto general de préstamo

En el Código civil se ofrece una concepción unitaria y general del préstamo, que engloba tanto el préstamo mutuo como el comodato. Así, el artículo 1740.I CC indica que «[p]or el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo».

Además las diferencias que median entre el préstamo y el comodato son muy profundas:

	Comodato	Préstamo
Función	Préstamo de uso	Préstamo de consumo
Objeto	Cosa no fungible	Cosa fungible o dinero
Gratuidad	Esencialmente gratuito	Naturalmente gratuito (puede ser retribuido)
Transmisión de la propiedad	No	Sí
Riesgos por la pérdida fortuita	Del comodante (como regla general)	Del prestatario

En el Código civil el **préstamo** (mutuo y comodato) se configura como un contrato real (que se perfecciona con la entrega de la cosa). Al amparo del artículo 1255 CC, la doctrina admite la validez de un contrato consensual de préstamo (en general), pero la jurisprudencia reitera la naturaleza real de estos contratos en su configuración legal, por lo que el contrato no llega a nacer si no se entrega la cosa.

3.5.2. Concepto legal y caracteres del comodato

Con arreglo al artículo 1740 CC, las notas que permiten perfilar el **contrato de comodato** son las siguientes:

- 1) Cesión de uso.
- 2) De una cosa fungible, en el sentido de no consumible con el uso (art. 337 CC).
- 3) Por cierto tiempo.
- 4) Con carácter esencialmente gratuito.

Del mismo modo, este contrato se caracteriza por ser un contrato real, unilateral, temporal, gratuito y no traslativo de la propiedad.

Por ejemplo, cesión gratuita por parte del concesionario automovilístico de vehículo sustitutivo mientras se repara el propio (SAP de Las Palmas de 13 de octubre de 2004); cesión gratuita a una asociación de un local municipal para lugar de reunión y encuentro de sus miembros y para desarrollar las actividades estatutarias (SAP de Salamanca de 5 de julio de 2010); cesión de uso de determinada maquinaria entre sociedades con el mismo administrador (SAP de Madrid de 14 de febrero de 2017); uso de una parcela como aparcamiento de vehículos los días de competición o eventos celebrados en el Circuito del Jarama (SAP de Madrid de 28 de octubre de 2016).

El carácter temporal del comodato se recoge en los artículos 1749 y 1750 CC, de los que resulta que su plazo de duración será, salvo urgente necesidad del comodante:

- 1) el plazo pactado;
- 2) el plazo derivado del uso al que se destina la cosa;
- 3) el plazo derivado de la costumbre local, y
- 4) hasta el momento en que el comodante reclame a su voluntad la cosa cedida en comodato.

3.5.3. Posición del comodatario

La **posición del comodatario** se caracteriza por poder usar la cosa, conforme a lo pactado o a los usos (art. 1741 CC), aunque no tenga derecho a sus frutos.

Sus obligaciones son conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 CC) y abonar los gastos ordinarios que sean necesarios para su uso y conservación (art. 1743 CC), así como los gastos extraordinarios en caso de urgencia, con posibilidad de reembolso, pero sin derecho de retención (arts. 1747 y 1751 CC).

El comodatario no responde por el deterioro derivado del uso de la cosa salvo que haya culpa por su parte (art. 1746 CC). Sí responde por la pérdida fortuita en caso de uso distinto al acordado; por no devolución transcurrido el plazo, o de cosa entregada tasada, salvo pacto en contrario (arts. 1744 y 1745 CC). En caso de pluralidad de comodatarios, la responsabilidad es solidaria (art. 1748 CC).

Al concluir el comodato, el comodatario debe devolver la cosa prestada, pero sin derecho de retención (arts. 1740.I y 1747 CC).

3.5.4. Posición del comodante

La posición del comodante se caracteriza por conservar la propiedad de la cosa (art. 1741 CC), así como por tener derecho a sus frutos (art. 1741 CC) y a la restitución de la cosa prestada (1749 CC).

El comodante debe abonar los gastos extraordinarios de conservación (art. 1751 CC) y responder frente al comodatario por los daños ocasionados como consecuencia de los vicios de la cosa que fueran conocidos (art. 1752 CC).

3.5.5. Extinción del comodato

La extinción del comodato se puede producir por la pérdida de la cosa, el transcurso del plazo, la reclamación del comodante (en caso de urgente necesidad y de indeterminación del plazo) y la muerte del comodatario (cuando el préstamo se haya hecho en contemplación a su persona [artículo 1742 CC]). No cabe la resolución del contrato porque, en el tipo legal, el comodato no es un contrato sinalagmático.

3.6. Régimen jurídico básico del precario

3.6.1. Delimitación del precario

Con la denominación de **precario** se hace referencia a la situación jurídica en la que una persona posee una cosa ajena, con carácter gratuito, debiendo devolverla a su titular cuando le sea reclamada.

Esta situación puede obedecer a una pluralidad de causas: a un contrato (la «cesión en precario» de la que habla el artículo 250.1.2.º LEC), a la mera autorización o tolerancia del titular o a la pérdida de vigencia del título anterior.

No se trata por fuerza de una situación ilícita: el precarista puede ser considerado un poseedor de buena fe.

Distinción entre comodato y precario

La distinción entre comodato y precario cobra una especial relevancia cuando se trata de viviendas cedidas por los padres a uno de sus hijos que ha contraído matrimonio. Si se produce una crisis en ese matrimonio y se atribuye el uso de la vivienda cedida a quien no es hijo de los propietarios, la calificación como comodato o precario se revela decisiva para facilitar la recuperación por los propietarios: sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 y 2 y 29 de octubre y 13 de noviembre de 2008.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2007 distingue:

«a) [...] en los casos en que una vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar (obviamente a falta de plazo) si fue cedida para un uso concreto y determinado, uso que ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; y, b) En los casos de reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges, es aplicable la doctrina jurisprudencial siguiente: “La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”».

Su fundamento puede encontrarse en el artículo 1750 CC, que alude a la posibilidad de reclamar la devolución de la cosa a voluntad del titular.

Se caracteriza por la ausencia de contraprestación a cargo del precarista (es compatible con el abono de ciertos gastos derivados del uso de la cosa por parte del precarista, como electricidad, agua, etc.), por recaer sobre bienes inmuebles y por su contenido posesorio.

3.6.2. Aspectos procesales del precario

Se regula procesalmente en el artículo 250.1.2.º LEC, conforme al cual:

«[s]e decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

4. Los contratos de servicios

4.1. Caracterización general de los contratos de servicios (en sentido amplio)

4.1.1. Relevancia económica y jurídica de los contratos de servicios

La economía actual se caracteriza por la creciente relevancia del sector servicios frente al peso de la producción industrial, agraria, ganadera o pesquera, propia de otras épocas. Sin embargo, en el Código civil los contratos que consisten en la prestación de un servicio en sentido amplio, sea con carácter retribuido o no, son objeto de una regulación claramente insuficiente y anticuada.

El Código civil se preocupa de tres tipos básicos de relaciones contractuales orientadas al intercambio de servicios, pero lo hace con un escaso equilibrio interno: el contrato de mandato se presenta como tipo general básico de relaciones de cooperación mediante la prestación de servicios de gestión y es regulado con un cierto detalle; en cambio, el llamado *arrendamiento de servicios* recibe menos atención, y lo mismo sucede con el denominado *arrendamiento de obra*.

Curiosamente, la regulación del mandato prescinde de la nota de la profesionalidad del gestor y lo concibe como gratuito de forma natural, con lo que se adecua mal a la realidad actual que, justamente, constata mandatos profesionales y, como es lógico, retribuidos. El Código civil guarda completo silencio acerca de la prestación de servicios por parte de los profesionales liberales. Solo se ocupa del prestador de servicios «dependiente» («[d]el servicio de criados y trabajadores asalariados»), que hoy se encuentra regulada sobre todo por el derecho del trabajo.

Los servicios son una materia a la que el derecho comunitario ha dedicado una especial atención, habida cuenta del peso de la libre circulación de servicios en el mercado interior (arts. 26.2 y 56 y sigs. TFUE).

4.1.2. Contrato de servicios y contrato de obra

En el planteamiento legal, la distinción entre el contrato de servicios y de obra se articula de una manera muy simple: el contrato de obra supone la ejecución de una obra y el de servicios, la prestación de un servicio. Pero ¿cuándo existe obra? ¿Y cuándo se presta, simplemente, un servicio?

Para justificar la diferenciación, se han propuesto diversos criterios en función de la independencia técnica o económica del prestador de la actividad, la duración del contrato, el modo de fijar la contraprestación, la naturaleza genérica o específica de la prestación u objeto del contrato o el objeto de la prestación del arrendador.

Conforme a este último criterio, es **de obra** cuando su objeto es un resultado final, con independencia del trabajo necesario para lograrlo; y es **de servicio** cuando su objeto es una actividad, sin tener directamente en cuenta el resultado del servicio.

Como es obvio, este planteamiento nos conduce a la distinción entre prestaciones de resultado y medios o actividad. En consecuencia, se hace necesario analizar las circunstancias y elementos de cada relación contractual para precisar cuál ha sido el objeto del contrato. Debe tenerse en cuenta que es posible que en una misma relación contractual confluyan prestaciones de medios y de resultado, y que aunque el arrendatario siempre pretenda conseguir un determinado resultado, el problema básico es a quién se imputa la no obtención de ese resultado.

	Contrato de obra	Contrato de servicios
Independencia técnica o económica del prestador de la actividad	Independencia o gran autonomía del prestador	Escasa autonomía o dependencia del prestador
Duración del contrato	Instantánea o temporalmente limitada	Duradera
Modo de fijación de la contraprestación	En función de lo realizado o de sus unidades parciales	Por tiempo
Naturaleza genérica o específica de la prestación u objeto del contrato	Específica	Genérica
Objeto de la prestación del arrendador	Un resultado final, con independencia del trabajo necesario para lograrlo	Una actividad, sin tener directamente en cuenta el resultado del servicio
	Distinción entre prestaciones de resultado y de actividad o medios	

4.1.3. Contrato de servicios y contrato de mandato

Distinguir entre el contrato de servicios y el contrato de mandato también plantea dificultades. Los criterios legales derivados de los artículos 1544 y 1709 CC son insuficientes para identificar y delimitar ambos tipos de contratos.

Para delimitar dicha distinción, se han propuesto diversos criterios, como el carácter (normalmente) representativo, la retribución, la materialización de la actividad, la actuación independiente o no del gestor, el objeto del contrato (celebración de actos jurídicos, en el mandato; o realización de un trabajo manual o intelectual, en el contrato de servicios).

	Contrato de mandato	Contrato de servicios
Carácter (normalmente) representativo	Sí	No
Retribución	Naturalmente gratuito	Esencialmente retribuido
Materialización de la actividad	Realización de intereses ajenos	Sin encargo de obrar frente a terceros
Actuación del gestor	Independencia	Dependencia
Objeto del contrato	Celebración de actos jurídicos	Realización de un trabajo manual o intelectual
Objeto identificable con actividades sustituibles del mandante/arrendatario	Sí	No

En el fondo, la claridad de la distinción se ha perdido a través de la evolución histórica de esos contratos. Dada la amplitud del contenido del artículo 1709 CC, no hay un criterio que pueda ofrecer una respuesta satisfactoria a esta cuestión.

4.2. Régimen jurídico básico del contrato de prestación de servicios

4.2.1. Regulación del contrato de servicios

Los artículos 1583 a 1587 CC regulan el contrato de servicios (no existe regulación en el Código de comercio), aunque dicha regulación resulta, en sentido estricto, desfasada y anacrónica, parcial e incompleta.

Ha de tenerse en cuenta que el contrato de servicios constituye el paradigma de las prestaciones de servicios por parte de profesionales liberales (por ejemplo, médicos, abogados, procuradores, arquitectos, asesores financieros, etc.).

Y no solo eso: también contratos de servicios bancarios; de servicios telefónicos, de internet, de televisión o de otros contenidos digitales; de vigilancia; de enseñanza (por ejemplo, profesores de inglés o de yoga), o de asesoramiento personal (por ejemplo, *personal shopper* o *personal trainer*).

En la jurisprudencia, la diversidad se acrecienta: contrato de servicios complementarios relacionados con el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (STS de 27 de noviembre de 2017, entre otras muchas), contrato de servicios de preventa y de postventa (STS de 20 de julio de 2017), contrato de mediación y asesoramiento deportivo (STS de 24 de febrero de 2017), contrato de prestación de servicios informáticos (STS de 18 de

febrero de 2016), contrato de prestación de servicios relativo a la elaboración de los instrumentos de planeamiento necesarios y al asesoramiento jurídico pertinente en orden al desarrollo urbanístico de un sector (STS de 19 de mayo de 2015), contrato de prestación de servicios de asesoramiento técnico y de consultoría estratégica en el área de ciencias de la salud (STS de 22 de diciembre de 2014), o contrato de prestación de servicios para organizar y coordinar la campaña de promoción y venta directa de productos (STS de 30 de octubre de 2014). De todos modos, conviene tener en cuenta que con esta denominación en ocasiones se esconden contratos o prestaciones de obra.

4.2.2. Concepto legal y caracteres del contrato de servicios

Conforme al artículo 1544 CC, en el arrendamiento de servicios, una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

El **contrato de servicios** se caracteriza por ser un contrato consensual, no formal, sinalagmático, oneroso, de carácter duradero y, a menudo, *intuitu personae* ('en atención a la persona').

4.2.3. Elementos y contenido del contrato de servicios

El carácter fragmentario de la regulación que ofrece el Código civil implica que haya cuestiones a las que no presta atención, como los **elementos personales del contrato**, en la medida en que carecen de relevancia en la configuración del contrato.

En cuanto al servicio, hay que tener en cuenta que la obligación del prestador consiste en desplegar cierta actividad en favor del cliente. Aunque el resultado derivado de esa actividad no forma parte del objeto del contrato, es evidente que ese posible resultado es el que explica la celebración del contrato.

La diligencia exigible al prestador del servicio no es la diligencia del buen padre de familia, sino las reglas del arte o profesión (*lex artis*).

El precio del servicio no puede ser fijado de forma unilateral por una de las partes, pero se admite su fijación mediante usos y costumbres.

Quando se trata de contratos con consumidores, hay que informar previamente del «precio total, incluidos todos los impuestos y tasas [...] En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares» [art. 60.2.c) TRLGDCU].

La fijación del precio del contrato de servicios puede efectuarse de diversas formas: en función del tiempo empleado (por ejemplo, a cien euros la hora de trabajo), con una cantidad alzada (por ejemplo, diez mil euros por el asesoramiento jurídico) o por remisión a ciertos parámetros (por ejemplo, una comisión por las ventajas obtenidas por el cliente); o una combinación de varios de esos mecanismos. No es infrecuente (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2016, o de 5 de junio de 2013) el denominado *pacto de iguala*, por el que el profesional presta sus servicios durante cierto periodo de tiempo a cambio de una retribución periódica fija (por ejemplo, ingeniero agrónomo que asesora a un empresario agrícola a cambio de mil euros al mes, durante un periodo mínimo de seis meses, prorrogables tácitamente).

Derivación del principio de buena fe

Como derivación del principio de buena fe (art. 1258 CC), el prestador del servicio asume otras obligaciones como el deber de información (por ejemplo, informar al cliente de la posibilidad de recurso en un procedimiento) y de confidencialidad (por ejemplo, médico que revela datos de sus pacientes a la prensa). Más allá de sus consecuencias contractuales, el incumplimiento de estas obligaciones puede ser relevante en ciertos sectores profesionales, al constituir vulneración de las normas deontológicas.

En cambio, su fijación mediante normas corporativas de carácter orientativo es controvertida.

La acción para reclamar el pago del servicio está sometida a un plazo trienal de prescripción (art. 1967 CC).

Del artículo 1583 CC se deriva la prohibición de un contrato de servicios vitalicio, en tanto que afecta a la libertad individual de la persona.

Como regla general, el servicio se debe prestar personalmente (dado que suele concurrir un factor personal en la elección del prestador). Si se trata de servicios de cierta complejidad técnica, se acepta que se valga de auxiliares y colaboradores (de los que debe responder).

4.2.4. La extinción del contrato de servicios

El contrato de servicios requiere que se examine si existen reglas especiales en cuanto a su extinción, en particular por la incidencia de la muerte del prestador de servicios y de la voluntad de cualquiera de las partes; y si las reglas generales de responsabilidad contractual se someten a algún tipo de matización.

1) A diferencia del artículo 1595 CC, en relación con el contrato de obra, o del artículo 1732 CC, en relación con el contrato de mandato, el Código civil no contiene ningún criterio acerca de la trascendencia de la muerte de cualquiera de las partes contractuales y, en especial del prestador del servicio.

Sin embargo, en aquellos casos en los que se constate una relación de confianza entre las partes o el carácter *intuitu personae* del contrato, puede sostenerse que la muerte de una de las partes es causa de extinción del contrato. Del mismo modo, cuando el contrato se ha celebrado teniendo en cuenta las cualidades personales de uno de los contratantes, su fallecimiento también lo extinguirá. En los restantes casos, la muerte no determina la extinción del contrato, y a menudo los herederos del cliente continuarán vinculados con el prestador del servicio.

2) En principio, a la vista de lo expuesto por el artículo 1256 CC, ninguna de las partes puede dar por extinguido el contrato de servicios de forma unilateral sin mediar causa alguna. Ahora bien, cuando el contrato de servicios es por tiempo indefinido, se admite la extinción del contrato por voluntad unilateral de cualquiera de las partes sin necesidad de alegar justa causa. Si ese desistimiento se efectúa de buena fe y en tiempo oportuno (por lo general, mediante un preaviso razonable a la otra parte), se excluye la indemnización de daños.

3) Las reglas generales de responsabilidad contractual se aplican al contrato de servicios, pero las características de este contrato imponen ciertas matizaciones. Al tratarse de una prestación de actividad, la falta de obtención del resultado no evidencia el incumplimiento. Pero surgirá la responsabilidad si

el prestador del servicio no se ha comportado con diligencia o con arreglo a la *lex artis* que en su caso resulte exigible. Y es el prestador del servicio quien debe acreditar que su comportamiento se ha adecuando a dicho parámetro.

Conforme al artículo 147 TRLGDCU, los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio.

4.3. Régimen jurídico básico del contrato de obra

4.3.1. Regulación del contrato de obra

Los artículos 1588 a 1600 CC regulan el contrato de obra (no existe regulación en el ámbito mercantil). Conforme al artículo 1544 CC, en el contrato de obra, una de las partes se obliga a ejecutar una obra para otra por precio cierto.

El principal problema que presenta la regulación del Código civil estriba en que ofrece un enfoque unitario para todo tipo de obra, a pesar de la gran variedad de situaciones de la realidad social en las que una persona se obliga frente a otra a obtener un resultado a cambio de precio.

El Código civil toma como paradigma las obras de carácter inmobiliario, y deja en un segundo plano las de carácter mobiliario.

La actividad de reparación, que es un contrato de obra, se regula parcialmente en el Real decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles de sus equipos y componentes, y en el Real decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico.

Además, se debe tener en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que tiene por objeto:

«regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios» (art. 1.1 LOE).

4.3.2. Delimitación y caracteres del contrato de obra

Conforme al artículo 1544 CC, en el contrato de obra, «una de las partes se obliga a ejecutar una obra [...] por precio cierto».

La delimitación de cuándo nos encontramos ante un contrato de compraventa o un contrato de obra no siempre resulta fácil porque los criterios de distinción que se han propuesto no resultan del todo satisfactorios.

Contratos de obra del sector público

Los contratos de obra del sector público tienen un régimen especial, y se regulan con detalle en los artículos 231 a 246 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Variedad de situaciones

Como apunta Jesús Estruch, tan contrato de obra será el acuerdo para fabricar unos zapatos a medida a cambio de precio como el acuerdo para la construcción de un complejo edificio de apartamentos o de un simple muro, la reparación de un electrodoméstico o de un automóvil, la realización de un dictamen jurídico o la implementación de un sofisticado sistema informático.

Ley de ordenación de la edificación

La Ley de ordenación de la edificación no pretende regular el contrato de obra, ni siquiera el contrato de construcción de edificios, sino que incide sobre todo en el régimen de garantías y responsabilidades constructivas de los diferentes agentes de la edificación.

Como se ha apuntado, se ha propuesto acudir a los criterios del carácter fungible o infungible de la cosa que ha de producirse, a la prevalencia del valor del trabajo o los materiales o al modo de actuar del ejecutante de la obra (en el contrato de obra, el ejecutante de la obra trabaja por encargo: se realiza una obra con sujeción a un encargo, a su vez técnico y económico; en la compraventa, el ejecutante de la obra produce sus artículos por su propia iniciativa técnica y económica para elaborar unos productos que ofrece a terceros por su cuenta y riesgo).

El contrato de obra es un contrato consensual, no formal, sinalagmático y oneroso.

Este contrato transmite la propiedad de la obra al comitente, aunque debe distinguirse en función de quién aporta los materiales.

Por ejemplo, si Adriana encarga un traje de fallera a la modista Belén, ¿en qué momento adquiere Adriana la propiedad del traje?

Si los materiales son aportados por quien encarga la obra (por ejemplo, Adriana quiere que el traje se confeccione con unas telas que ha heredado de su abuela), se entiende que la obra le pertenece desde el principio. Si los materiales son aportados por quien ejecuta la obra (por ejemplo, las telas pertenecían a Belén), la propiedad del producto, conforme se va realizando, corresponde al contratista, y se transfiere a quien encargó la obra cuando le sea entregada.

Si se trata de una obra inmobiliaria (por ejemplo, la construcción de una vivienda unifamiliar en un terreno de quien encarga la obra), la incorporación de los materiales al inmueble provoca la adquisición de su propiedad por accesión en favor de quien encarga la obra.

4.3.3. Los elementos personales del contrato de obra

En la terminología del Código civil, quien ejecuta la obra es denominado *contratista* o *constructor* y quien la encarga, *propietario* o *dueño* (o también *comitente*).

Además, en el ámbito de los contratos de obra inmobiliaria y, sobre todo, en punto a la regulación de las respectivas responsabilidades por los defectos constructivos existentes en la edificación, es necesario tener en cuenta la enumeración y delimitación de agentes de la edificación (cualquier persona física o jurídica que interviene en el proceso de la edificación [art. 8 LOE]) que indica la Ley de ordenación de la edificación: promotor (art. 9.1 LOE), proyectista (art. 10.1 LOE), constructor (art. 11.1 LOE), director de la obra (art. 12.1 LOE), director de la ejecución de la obra (art. 13.1 LOE), entidades de control de calidad de la edificación (art. 14.1 LOE), laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14.2 LOE) y suministradores de productos (art. 15.1 LOE). A cada uno de esos agentes de la edificación se le asignan obligaciones específicas.

4.3.4. Contenido del contrato

Las obligaciones básicas del **contratista** son ejecutar la obra y entregarla, mientras que las obligaciones básicas del **comitente** son pagar el precio y recibir la obra.

4.3.5. Las obligaciones del contratista

La ejecución de la obra

En cuanto a la **ejecución de la obra**, debe efectuarse en las condiciones pactadas, sometiéndose a las instrucciones del comitente y observando las reglas impuestas por los usos profesionales y la *lex artis*.

Ejecución de la obra

La ejecución de la obra puede consistir en realizar una obra nueva (por ejemplo, construir una vivienda, componer una melodía o preparar una tarta nupcial), modificar una obra existente (por ejemplo, reformar los cuartos de baño y la cocina de un piso) o llevar a cabo una reparación (por ejemplo, sustituir las suelas de unos zapatos).

Por lo general, se suele prever un tiempo límite de cumplimiento y, al mismo tiempo, una cláusula penal por el retraso (o premios por conclusión anticipada).

La ejecución de la obra puede pactarse fijando como objeto la totalidad de la obra o fraccionándola en ejecuciones parciales (por piezas o medidas [art. 1592 CC]). Puede pactarse que sea el contratista quien aporte los materiales o que lo haga el comitente (art. 1588 CC).

El contratista puede valerse de auxiliares, de los que debe responder (arts. 1596 CC y 17.2 LOE).

La entrega de la obra

La entrega de la obra supone el traspaso posesorio (o, al menos, la puesta a su disposición). Hasta el momento de la entrega, debe conservarla con la diligencia del buen padre de familia (art. 1094 CC). El comitente tiene el respectivo deber de recibir la obra si no quiere incurrir en *mora creditoris*.

La **recepción de la obra** consiste en que el comitente asuma el resultado de la obra de manera definitiva.

Debe efectuarse en el plazo convenido o, en su caso, derivado de los usos o la buena fe, en función de la naturaleza de la obra y de su complejidad. Suele realizarse en al menos tres fases:

Cláusula penal

Si la cláusula penal se fija por cada día de retraso en la entrega, no es posible la moderación judicial de la cantidad fijada (art. 1154 CC), puesto que se verifica exactamente el incumplimiento tomado en consideración en la cláusula penal (el retraso diario).

Auxiliares o subcontratistas

Aunque el artículo 1596 CC solo se refiere a «las personas que ocupare en la obra» el contratista, esto es, a sus auxiliares, se admite que también deba responder por la actuación de los subcontratistas. Para el comitente, es irrelevante el tipo de vínculo que exista entre el contratista y sus auxiliares o subcontratistas.

1) **Verificación de la obra:** la obra se examina para determinar si se ha ejecutado de acuerdo a lo convenido.

2) **Aprobación de la obra:** se emite un juicio como resultado de la verificación y que implica la obligación de aceptarla. No cabe rechazar la obra cuando presente defectos de poca entidad, dejando a salvo el derecho a exigir la reparación oportuna.

3) **Recepción de la obra:** el comitente se hace cargo de la obra por entender que esta es de recibo. En casos de cierta complejidad, puede producirse una recepción provisional (carente de efectos) y, luego, una recepción definitiva. Como consecuencia de la recepción, el contratista se libera de su obligación y queda exonerado de los vicios aparentes, aunque no de los ocultos.

La recepción de la obra está ampliamente regulada en el artículo 6.1 LOE, en el que se define como el «acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes».

4.3.6. Las obligaciones del comitente: el pago del precio

El pago del precio constituye la principal obligación del comitente. Puede fijarse desde el principio con carácter inmodificable, o puede establecerse una cantidad inicial indicativa, sometida a revisión o ajustes posteriores. Son posibles diversas formas de precisar el precio:

1) **Precio alzado.** Se pacta un precio global por la obra. El Código civil alude a esta modalidad en los artículos 1593 y 1597.

2) **Precio por unidades.** Se pacta un precio por cada unidad (por cada pieza o por cada medida) realizada de la obra. El Código civil alude a esta modalidad en el artículo 1592.

No debe confundirse esta modalidad con la posibilidad de que, en obras de cierta complejidad, el comitente vaya efectuando pagos parciales a cuenta del precio a medida que vayan avanzando las obras (por ejemplo, en una construcción inmobiliaria: movimientos de tierras, cimentación, estructura, cubiertas, electricidad, albañilería, etc.).

3) **Precio por administración.** Se pacta un precio en función del coste de la obra (en particular, de los materiales y de la mano de obra) para el contratista. No está prevista en el Código civil. Se suele fijar como un porcentaje que se aplica al coste total de la obra.

Salvo pacto o uso en contra, el precio debe pagarse al efectuarse la entrega (art. 1599 CC).

Cuando se trate de obra en cosa mueble, el contratista tiene derecho de retener la cosa hasta que se le pague el precio (art. 1600 CC).

Los créditos por construcción, conservación o reparación de bienes muebles que estén en poder del deudor (art. 1922.1.º CC) y por refacción de bienes inmuebles (art. 1923.3.º y 5.º CC) gozan de preferencia.

El artículo 1597 CC concede acción directa a quien aporta trabajo o materiales contra el comitente, sin que se requiera previa reclamación al contratista y por la cantidad que el comitente adeude al contratista. La jurisprudencia admite su aplicación analógica en favor de los subcontratistas.

Ley concursal

En la Ley concursal gozan de privilegio especial «[l]os créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (art. 90.1.3.ª LC).

4.3.7. Los riesgos en el contrato de obra

El Código civil dedica una atención especial al problema de los riesgos en el contrato de obra, es decir, ¿qué sucede en caso de que la obra resulte destruida fortuitamente antes de ser entregada? Hay que dilucidar dos cuestiones: ¿qué pasa con el coste de los materiales empleados (art. 1589 CC)? ¿Qué sucede con el precio de la actividad desarrollada por el contratista (art. 1590 CC)?

El criterio general supone que el contrato de obra es a riesgo y ventura del contratista: el contratista asume una prestación de resultado y, por tanto, pierde los materiales y el trabajo puestos en la obra. Solo se exceptúa esa regla cuando concurre mora del comitente en recibir la obra o cuando la pérdida se debe a la mala calidad de los materiales aportados por el comitente, si el contratista se lo hubiera advertido.

Distribución de riesgos

Las previsiones de los artículos 1589 y 1590 CC son dispositivas, por lo que las partes pueden distribuir los riesgos como consideren oportuno.

Un problema distinto es el del riesgo económico, esto es, ¿qué sucede si, fijado un precio alzado, aumentan los costes para el contratista? Conforme al artículo 1593 CC, el riesgo del aumento de los costes perjudica al contratista, pues es inherente a la función empresarial y puede prevenirse con las estipulaciones adecuadas, ya que la norma es dispositiva.

Solo las modificaciones introducidas de mutuo acuerdo que supongan aumento de obra justifican el aumento del precio.

La autorización exigida por el artículo 1593 CC puede ser verbal o tácita y referirse a aumentos de cantidad, a cambios de materiales o a métodos constructivos (STS de 29 de junio de 2015). La autorización tácita puede constatarse cuando la modificación se realiza a la vista, ciencia y paciencia del dueño de la obra, sin su oposición; cuando se pagan certificaciones de obra en cantidad superior al presupuesto inicial sin reserva alguna; cuando se recibe la obra sin manifestar reparos sobre el incremento de la obra, o cuando se ocupa y usa la edificación sin protesta alguna.

Como excepción, podrá producirse una modificación del contrato aplicando la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, la alteración de la base del negocio o la teoría del riesgo imprevisible.

4.3.8. Criterios específicos de extinción del contrato de obra

Además de las causas generales de extinción del contrato, el Código civil prevé dos criterios específicos de extinción del contrato de obra.

1) El **desistimiento del comitente**, conforme al artículo 1594 CC, es eficaz sin necesidad de causa alguna, aunque debe indemnizar al contratista, incluyendo el beneficio que este hubiera podido obtener. Por el contrario, esta facultad no se reconoce al contratista.

El artículo 1594 CC permite que el comitente desista del contrato *ad nutum*, por su sola voluntad y sin necesidad de razón concreta. No se requiere forma alguna, ni preaviso al contratista, aunque siempre deberá ejercitarse con arreglo al principio de buena fe.

Se trata de una norma dispositiva, por lo que la facultad de desistir puede condicionarse, limitarse o excluirse en el contrato de obra.

2) Cuando el contratista hubiera sido seleccionado por razón de sus cualidades personales, la muerte del contratista o cualquier otra causa que le impida concluir la obra extingue el contrato, con abono por el comitente, a proporción del precio convenido, del valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales obtenga algún beneficio (art. 1595 CC).

4.3.9. Responsabilidades y garantías en el contrato de obra

La cuestión de las responsabilidades y garantías en el contrato de obra se debe abordar diferenciando el Código civil y la Ley de ordenación de la edificación.

¿Cuándo se aplica el Código civil y cuándo se aplica la Ley de ordenación de la edificación?

Conforme a la disposición transitoria primera de la LOE, las previsiones de dicha Ley se aplican «a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor». Dado que la entrada en vigor se produjo el día 6 de mayo de 2000 (disp. final 4.ª LOE), se aplica la Ley de ordenación de la edificación a las obras cuya licencia de edificación se haya solicitado después de esa fecha.

Conviene tener en cuenta que el Código civil no regula todos los posibles incumplimientos del contratista: el artículo 1591 CC solo se ocupa de los defectos constructivos que suponen la ruina del edificio. Para los demás incumplimientos posibles (retraso, cumplimientos defectuosos, etc.) o los referidos a obras no inmobiliarias, deben aplicarse las reglas generales previstas en el artículo 1101 CC y siguientes.

1) Además de las reglas generales, la responsabilidad en la construcción de edificios se regía en el Código civil por el artículo 1591 CC, que giraba en torno al concepto de **ruina**. La jurisprudencia generalizó las reglas de responsabilidad de determinados sujetos por la ruina de una construcción, hasta configurar un régimen prácticamente general de responsabilidades y garantías en la construcción.

Obra mobiliaria o intelectual

A estos efectos, baste pensar en los incumplimientos del contratista en caso de obra mobiliaria o intelectual que ni tienen respuesta en el artículo 1591 CC ni en la Ley de ordenación de la edificación.

2) La Ley de ordenación de la edificación regula la cuestión de la responsabilidad en el extenso artículo 17 y los plazos de prescripción, en el artículo 18.

En cuanto a la **legitimación activa**, se reconoce a los propietarios y terceros adquirentes de los edificios, o parte de ellos (art. 17.1 LOE).

Este hecho pone de manifiesto que no se trata de una responsabilidad derivada del contrato de obra: el actual propietario de la vivienda o del local puede ser persona distinta a quien celebró el contrato de obra. Así sucederá, por ejemplo, en caso de que la vivienda se haya vendido sucesivamente mediante diferentes contratos tras la primera venta del promotor.

La **legitimación pasiva** corresponde a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación (art. 17.1 LOE).

La **responsabilidad** se distribuye en función del origen de los defectos y de la respectiva esfera de competencia profesional, pero cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o quede debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido (art. 17.3 LOE), la responsabilidad es solidaria.

También es solidaria la responsabilidad del promotor o el caso de pluralidad de proyectistas o de directores de obra.

Actuación ajena

El artículo 17 LOE prevé diferentes supuestos en los que se responde por la actuación ajena (proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales; constructor que subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra; constructor que adquiera o acepte productos deficientes de construcción; quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo), pero queda a salvo el derecho de repetición.

La Ley de ordenación de la edificación distingue tres supuestos de responsabilidad, a los que anuda determinados plazos de garantía:

1) Durante diez años, por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

2) Durante tres años, por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3 LOE.

3) Durante un año, por los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. De estos daños solo responde el constructor.

Dicha Ley no contempla en la responsabilidad los daños personales o morales, ni los daños materiales causados por los vicios constructivos en bienes distintos del edificio. Pero el propio artículo 17.1 LOE declara que las responsabilidades que contempla lo son sin perjuicio de las responsabilidades contractuales.

En cambio, con la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 CC, esos daños podían reclamarse conjuntamente si se producían dentro del plazo decenal de garantía.

Al demandante le basta con acreditar la presencia de vicios o defectos causantes de los daños, producida en el plazo de garantía, y es el demandado quien debe probar la concurrencia de una causa de exoneración. No se responde si los daños provienen de caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado por el daño (art. 17.8 LOE).

Una vez producido el daño en los correspondientes plazos de garantía (diez años, tres o uno), el plazo de prescripción común para ejercer la acción es de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (art. 18.1 LOE).

La comparación entre el artículo 17 LOE y la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 CC demuestra que se ha producido una sensible reducción en la protección de los adquirentes de partes de un edificio.

Además el artículo 19 LOE diseña un sistema de seguro de daños materiales, seguro de caución (art. 68 LCS) o garantía financiera (por ejemplo, aval bancario), para garantizar, durante determinados plazos, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad y por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Si se incumplen las exigencias legales sobre garantías de suscripción obligatoria, el obligado a suscribir las garantías responderá en persona (art. 19.7 LOE).

Ahora bien, el alcance de estas exigencias queda sustancialmente recortado como consecuencia de la disposición adicional segunda de la LOE. Solo son exigibles las garantías decenales contra daños materiales (las que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio), para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda y siempre que no se trate de un autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Por lo tanto, mientras un real decreto no imponga su obligatoriedad, no son exigibles las garantías trienal y anual para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, ni las garantías decenal, trienal y anual para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Plazo de prescripción

El plazo de prescripción no se aplica a las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual (art. 18.1 LOE).

Protección de los adquirentes

Esta reducción se constata al comparar qué daños se encuentran cubiertos por el plazo decenal de garantía o qué daños son indemnizables al amparo de las diversas normas.

4.4. Régimen jurídico básico del contrato de mandato

4.4.1. Regulación del contrato de mandato

Los artículos 1709 a 1739 CC y 244 a 302 CCom (donde se denomina *comisión mercantil*) regulan el contrato de mandato. Se trata del paradigma de los contratos de cooperación o intervención de ciertas personas en interés de otras, aunque existan otros contratos o instrumentos de cooperación jurídica entre dos personas.

Contrato de mandato

Significativamente, es más extensa y variada la regulación en el Código de Comercio que en el Código civil, lo cual revela la importancia del contrato en el tráfico mercantil y en la organización empresarial. El contrato debe reputarse mercantil cuando, conforme al artículo 244 CCom, su objeto sea un acto u operación de comercio, y el comitente o el comisionista sea comerciante.

4.4.2. Otros contratos de cooperación: agencia y mediación

Otros contratos de cooperación relevantes y habituales son el contrato de agencia y el de mediación o corretaje.

El **contrato de agencia** está regulado en la Ley 12/1992, de 27 mayo, del Contrato de Agencia, donde se define como aquel contrato en el que «una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones» (art. 1).

Así, por ejemplo, Aureliano, actuando de forma independiente (es decir, sin tener vinculación laboral con su estructura o formar parte de ella: no es un representante de la bodega) se encarga de vender los productos de la bodega Vinos Espumosos Valencianos, S. L. Los contratos que celebra Aureliano vinculan a la bodega con los distintos clientes, es decir, el agente no compra y luego revende los productos del empresario. El beneficio del agente se encuentra en la comisión o la cantidad fija que percibe del empresario por cada operación de venta (arts. 11 y sigs.).

El **contrato de mediación o corretaje** es un contrato atípico y de configuración jurisprudencial por medio del cual el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a prestar su actividad para promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación.

Contrato de mediación

Así, por ejemplo, Amparo encarga a Belén que le encuentre un comprador para su piso en el paseo Germanías de Gandía. Cristina encarga a Belén que le busque un piso en ese mismo lugar. Tras mostrar el piso a Cristina, esta hace una oferta a Amparo que al principio es rechazada, pero Belén consigue que lleguen a un acuerdo para la venta. Belén tiene derecho a percibir una remuneración (la pactada o la que se derive de los usos) tanto de la compradora como de la vendedora.

Derecho a la retribución del mediador

Es importante destacar que, con carácter general, el derecho a la retribución del mediador surge con la perfección del contrato objeto de la mediación, sin que entre las obligaciones del mediador esté la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento (STS de 30 de marzo de 2007). Es decir, los derechos del mediador al cobro de las remuneraciones convenidas se adquieren desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de transmitentes o adquirentes y puesta en con-

tacto con el comprador o el vendedor. Desde el momento en que ambos conciertan el negocio, que efectivamente llevan a cabo, el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, salvo que concurra pacto expreso respecto de la cuestión, o cuando se conviene que solo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se halle consumada (STS de 5 de noviembre de 2004).

4.4.3. Concepto legal de contrato de mandato

Conforme al artículo 1709 CC, en el **contrato de mandato** «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».

La descripción legal es demasiado amplia e inadecuada para delimitarlo respecto de otras categorías contractuales: puede superponerse incluso al contrato de prestación de servicios.

Un buen ejemplo es el contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004: se califican de contrato atípico de mandato y servicios una serie de actividades y gestiones a fin de obtener la recalificación urbanística de unos terrenos rústicos para poder edificarlos. O la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2016: se formaliza un contrato de mandato y prestación de servicios con la Fundación Real Fábrica de Tapices, en la que estaban depositados unos tapices, a cambio de una suma dineraria, por el que se encomienda a esta que arriende los tapices a fin de emplear los ingresos obtenidos para liquidar las sumas debidas y las que se generen debido a la conservación de los tapices y su posterior restauración.

4.4.4. La gestión de negocios ajenos sin mandato

El mandato es un contrato, por lo que esa naturaleza contractual permite diferenciarlo de la gestión de negocios ajenos sin mandato, regulado en el artículo 1888 CC y siguientes.

La **gestión de negocios sin mandato** se produce cuando una persona (el gestor), por su propia iniciativa y sin contar con el interesado (el *dominus negotii*), se encarga de gestionar asuntos ajenos.

Por ejemplo, el propietario que ante el riesgo de incendio en su jardín y en el de su vecino, contrata a un jardinero para que limpie ambos jardines; el hermano que reside en el pueblo y se ocupa de administrar las fincas rústicas de sus hermanos que viven en el extranjero; el sobrino que se encarga de la venta del ganado de su tío al fallecer este (SAP de Bilbao de 1 de septiembre de 2017); el tío que se encarga de cobrar la pensión de orfandad de su sobrino y gestionarla (SAP de Málaga de 31 de octubre de 2016); o el presidente de la comunidad de propietarios que anticipa fondos para el pago de las deudas de la comunidad (SAP de Álava de 25 de marzo de 2014).

Obligaciones del gestor y del *dominus negotii*

Las obligaciones del gestor son continuar la gestión una vez iniciada (art. 1888 CC); informar, rendir cuentas y entregar el resultado de la gestión al *dominus* (art. 1720 CC, por analogía); actuar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1889 CC), previéndose una agravación de responsabilidad en el artículo 1891 CC, y responder con arreglo al artículo 1890 CC, en caso de delegación o de pluralidad de gestores.

Las obligaciones del *dominus negotii* son reembolsar al gestor los gastos e indemnizarle los daños (art. 1893.I CC) y abonar sus honorarios al gestor profesional (art. 1711.II CC, por analogía), aunque parte de la doctrina discute esta obligación. El *dominus negotii* queda

vinculado por la actuación del gestor frente a los terceros en los casos de ratificación, aprovechamiento de las ventajas y evitación de un peligro inminente y manifiesto (arts. 1892 y 1893 CC).

4.4.5. Caracteres del contrato de mandato

El contrato de mandato se caracteriza por ser un contrato consensual, no formal, naturalmente gratuito (art. 1711 CC), *intuitu personae* y que puede ser unilateral (cuando es gratuito) y sinalagmático (cuando es retribuido).

Régimen de la representación y contrato del mandato

Nuestro Código civil no distingue el régimen de la representación y el del contrato del mandato. La representación requiere que el representante esté autorizado para actuar con efectos en la esfera jurídica del representado. Esta autorización supone la concesión de una legitimación indirecta y se articula por medio del negocio de apoderamiento o de la ratificación de la actuación del representante. La autorización significa que determinados actos realizados por el representante van a desplegar su eficacia en el ámbito del representado, pero en sí misma considerada no impone al representante la obligación de actuar. El negocio de apoderamiento o la ratificación son además actos unilaterales del representado. La obligación de actuar del representante no deriva de esa autorización, sino de un contrato (un acto bilateral) que vincula a representante y representado. Además, ese contrato puede generar obligaciones a cargo del representado. ¿Qué contratos suelen vincular a representante y representado? Los contratos más típicos son los de mandato (arts. 1709 y sigs. CC) y de comisión mercantil (arts. 244 y sigs. CCom), pero tampoco son infrecuentes otras situaciones como el contrato de prestación de servicios (arts. 1583 y ss. CC), el contrato de sociedad (arts. 1665 y sigs. CC), el contrato de trabajo (Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) o el contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia).

Por tanto, puede existir representación sin obligación (por ejemplo, cuando se otorga un poder procesal a un procurador de Madrid por si el asunto llega hasta el Tribunal Supremo sin que exista todavía contrato con ese procurador), obligación sin representación (por ejemplo, cuando se acuerda con un procurador que actuará en determinado procedimiento, pero aún no se le han otorgado poderes) y representación con obligación (por ejemplo, poderes otorgados a procurador con quien ya se ha acordado la llevanza del asunto).

Este planteamiento peca de exceso de dogmatismo: en teoría, es cierta la separación entre representación y contrato subyacente, pero en la práctica lo normal es que se encuentren vinculados: ¿para qué se va a conceder un apoderamiento a una persona si esta no se encuentra obligada a actuar en el ámbito derivado del poder? El poder se otorga precisamente porque existe el contrato o existirá. Por ello, más recientemente se suele indicar que la representación es una faceta del negocio o contrato gestor en el que se integra.

4.4.6. Clases de mandato

Resulta conveniente apuntar diversas clasificaciones del contrato de mandato, por cuanto afectan a su régimen jurídico.

1) Por su **eficacia**, se distingue entre:

a) **Actuación del mandatario en nombre propio:** el mandatario actúa *proprio nomine* (sin revelar que gestiona intereses ajenos), pero siempre en interés del mandante. La vinculación se produce entre el mandatario y el tercero (art. 1717 CC).

b) **Actuación del mandatario en nombre del mandante:** el mandatario actúa *alieno nomine*, en nombre e interés del mandante. La vinculación se produce entre el mandante y el tercero (art. 1727 CC).

2) Por su **objeto**, cabe efectuar dos subdistinciones:

a) El mandato es **general** cuando comprende todos los negocios del mandante o los de un cierto ámbito (territorial, funcional o jurídico), y es **especial** cuando comprende un negocio determinado o más de uno (art. 1712 CC).

b) El mandato concebido en **términos generales** se refiere a la realización de actos de administración, mientras que el mandato para actos de **riguroso dominio** se requiere para actos de disposición (art. 1713 CC).

4.4.7. Elementos personales del contrato de mandato

El Código civil no establece ninguna regla acerca de la capacidad para ser mandante. En cambio, ofrece una regla de difícil comprensión, el artículo 1716 CC, en relación con la capacidad para ser mandatario. Los artículos 1721 y 1722 CC regulan la sustitución del mandatario, diferenciando si el mandante la prohibió, si nada dijo al respecto o si la permitió, designando a la persona del sustituto o no. La pluralidad de mandantes genera su responsabilidad solidaria (art. 1731 CC). En cambio, la pluralidad de mandatarios no implica su responsabilidad solidaria, salvo que así se exprese (art. 1723 CC).

4.4.8. Las obligaciones del mandatario

Las obligaciones principales del mandatario son el cumplimiento del mandato, la rendición de cuentas y la transferencia de resultados.

La **obligación de cumplir el mandato** se establece en el artículo 1718.I CC. Como regla general, la obligación del mandatario es una obligación de medios, aunque cabe pacto que la configure como obligación de resultado. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato (art. 1714 CC), pero estos no se consideran traspasados si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este (art. 1715 CC). El mandatario debe atenerse a las instrucciones del mandante (art. 1719 CC). La existencia de retribución modaliza la responsabilidad del mandatario (art. 1726 CC).

La **obligación de rendir cuentas** se prevé en el artículo 1720 CC, y es una consecuencia lógica de la incidencia de la actuación en los intereses del mandante. Debe efectuarse al finalizar el mandato y en cualquier otro momento en el que sea razonable, según las circunstancias y los usos.

La **obligación de transferir los resultados de la gestión al mandante** se prevé también en el artículo 1720 CC. Cuando se trata de representación directa, los efectos se producen directamente en la esfera del mandante, por lo que no es necesaria una transferencia de resultados. Cuando se trata de representación indirecta, los efectos al principio se producen en la esfera del mandatario, por lo que es necesaria una transferencia de resultados (cosas adquiridas, cantidades percibidas u obligaciones contraídas) y el mandante debe asumirlas.

En cualquier caso, el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora (art. 1724 CC).

4.4.9. Las obligaciones del mandante

Las obligaciones principales del mandante son abonar, en su caso, la retribución, facilitar al mandatario los medios necesarios para cumplir el mandato e indemnizar al mandatario por los daños y gastos.

El mandato civil es un contrato naturalmente gratuito (art. 1711 CC), pero cabe pactar una retribución para el mandatario, con lo que el contrato se convierte en sinalagmático y se modaliza la responsabilidad del mandatario (art. 1726 CC).

Conforme al artículo 1728.I CC, el mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para ejecutar el mandato. La provisión de fondos solo es una de las facetas de esta obligación del mandante. Las cantidades que hay que anticipar están en función del tipo de encargo, y deben proporcionarse a solicitud del mandatario. Además, debe proveer al mandatario de los medios que sean precisos para cumplir el encargo (documentación, información, etc.).

La eventual indemnización al mandatario de los daños y los gastos se contempla en los artículos 1728.II y III y 1729 CC. El mandante debe abonar los daños y perjuicios causados al mandatario por el cumplimiento del mandato y las cantidades anticipadas por el mandatario (incluyendo intereses). Este abono es independiente del éxito o el fracaso del encargo.

El artículo 1730 CC confiere al mandatario un derecho de retención (pero no un derecho de prenda) en relación con el crédito por indemnización y reembolso del mandatario. El mandatario no puede enajenar las cosas retenidas para cobrarse, ni goza de preferencia alguna sobre ellas para el cobro.

4.4.10. Supuestos específicos de extinción del contrato de mandato

Además de las causas generales de extinción, el artículo 1732 CC prevé una serie de supuestos específicos de extinción del contrato de mandato. Según esa norma, «[e]l mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario. 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario [...]».

Entre esas causas específicas, merecen una atención especial la revocación y la renuncia.

La **revocación del mandato** constituye una declaración unilateral y recepticia del mandante, por la que manifiesta su voluntad de extinguir el mandato. Se trata de un supuesto de desistimiento unilateral, sin necesidad de invocar justa causa (*ad nutum*), que se fundamenta en el carácter de relación de confianza del mandato (art. 1733 CC). Tiene efectos *ex nunc*: el contrato se extingue desde que se manifiesta la revocación pero produce efectos hasta ese momento. El artículo 1735 CC prevé un **supuesto de revocación tácita**, por nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio.

¿Es posible configurar un mandato como irrevocable, al menos durante cierto tiempo? La doctrina y la jurisprudencia admiten un pacto de no revocación durante cierto tiempo, pero ¿qué efectos produce ese pacto en caso de incumplimiento? Cabe hablar de mandatos irrevocables en dos sentidos:

- 1) En un sentido absoluto, el mandato irrevocable excluye la facultad de desistimiento unilateral del mandante.
- 2) En un sentido relativo, el mandato irrevocable no excluye la posibilidad de revocar, pero su ejercicio genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por la revocación.

Extinción del mandato

Los cambios o las vicisitudes de la persona que ostenta la representación orgánica de una persona jurídica (por ejemplo, la caducidad del nombramiento de administrador de una sociedad y su no renovación), por sí solos, no implican la extinción del mandato conferido por esa persona en el ejercicio de sus funciones.

Como regla general, la irrevocabilidad tiene un alcance relativo, por lo que, a pesar del pacto expreso de irrevocabilidad, el mandato puede revocarse, y simplemente hay que indemnizar al mandatario por el incumplimiento de lo pactado. El mandato es irrevocable en sentido absoluto solo cuando el mandato se ha celebrado en interés del mandante y mandatario, o en interés del mandante y un tercero, o cuando constituye una cláusula necesaria de un contrato más complejo.

Otro problema distinto se suscita en aquellos casos en los que el mandato es retribuido y se ha pactado una duración determinada. ¿El mandante puede revocar sin necesidad de alegar causa alguna? La jurisprudencia entiende que, al basarse el mandato en la confianza, puede ser revocado libremente, por lo que solo se genera el deber de indemnizar cuando se trate de una revocación realizada en determinadas circunstancias (dedicación exclusiva del mandatario o carácter arbitrario de la revocación [STS de 30 de noviembre de 2004]).

La renuncia del mandatario constituye también una declaración unilateral y recepticia del mandatario, por la que manifiesta su voluntad de extinguir el mandato. Tampoco es necesario invocar justa causa y también tiene eficacia *ex nunc*. Pero el Código civil establece, en sus artículos 1736 y 1737, un régimen más riguroso para la renuncia que para la revocación del mandato, puesto que no descarta una posible indemnización de daños al mandante o la obligación de continuar temporalmente con la gestión.

¿En qué casos la extinción del poder afecta a los terceros que contratan con el mandatario? El artículo 1734 CC establece que «[c]uando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber».

Y el artículo 1738 CC dice que «[l]o hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe».

4.5. Régimen jurídico básico del contrato de depósito

4.5.1. Regulación del depósito y distinción de otros contratos

Los artículos 1758 a 1789 CC y 303 a 310 CCom regulan el depósito. En el Código civil no solo se regula el depósito de origen contractual, sino también el judicial y el legal.

4.5.2. Concepto legal de depósito

En el artículo 1758 CC se describe el concepto general de depósito desde un punto de vista eminentemente posesorio: «desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla». El depositario posee para guardar y devolver al depositante una cosa. Esta situación puede deberse a una pluralidad de causas, y en función de su origen se distinguen varias clases de depósito. Su finalidad básica y común es que el depositario se haga cargo de la cosa depositada, y la custodie y la conserve hasta su devolución.

En el Código civil (art. 1758), el depósito se configura como una situación o contrato real (que se perfecciona con la entrega de la cosa). La doctrina admite la validez de un contrato consensual del depósito, al amparo del artículo 1255 CC. Pero la guarda y custodia características del depósito carecen de sentido si la cosa no se entrega al depositario.

4.5.3. Clases de depósito

En función del origen del depósito, se pueden distinguir distintas clases (arts. 1759 y 1762 CC).

1) **Depósito extrajudicial**, que a su vez se subdivide en depósito voluntario (arts. 1760 a 1780 CC) y depósito necesario (arts. 1781 a 1784 CC).

2) **Depósito judicial o secuestro** (arts. 1785 a 1789 CC y 625 a 628 LEC).

4.5.4. Delimitación y caracteres del contrato de depósito

El **depósito voluntario** es «aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante [...]» (art. 1763 CC), es decir, aquel que tiene su origen en un contrato entre depositante (o deponente) y depositario.

El **contrato de depósito** se caracteriza por ser un contrato real y naturalmente gratuito (art. 1760 CC). A diferencia del depósito judicial (art. 1786 CC), el contrato de depósito solo se puede referir a cosas muebles (art. 1761 CC).

El depósito

El depósito debe reputarse mercantil cuando, conforme al artículo 303 CCom, el depositario (al menos) sea comerciante, las cosas depositadas sean objeto de comercio y el depósito sea en sí mismo una operación mercantil o consecuencia de ella. Sin embargo, parte de la doctrina mercantil mantiene que esos requisitos no son acumulativos, sino meramente alternativos.

Depósito voluntario

Por ejemplo, recolectada la cosecha de tomates de mi finca, la almaceno en las cámaras frigoríficas cercanas al puerto de Sagunto antes de proceder a exportarla. O el paraguas que dejo en un armario del restaurante antes de comenzar mi comida.

4.5.5. Elementos personales del contrato de depósito

Para ser **depositante**, no es necesario ser propietario de la cosa depositada. El depositario no puede exigir al depositante que acredite ser propietario (art. 1786 CC), basta con que el depositante ostente la posesión de la cosa depositada. En cuanto a la capacidad para ser depositante, el Código civil distingue entre una incapacidad anterior al contrato (art. 1764 CC) y posterior al contrato (art. 1773 CC). La pluralidad de depositantes se regula en el artículo 1772 CC.

Para ser **depositario**, solo se requiere que se trate de cosa ajena. El Código civil solo se ocupa de la incapacidad anterior al contrato (art. 1765 CC).

Las obligaciones del depositario

Las obligaciones principales del depositario son la guarda y custodia de la cosa depositada y la restitución de la cosa depositada (art. 1766 CC).

El depositario no puede servirse de la cosa depositada (arts. 1767 y 1768.I CC) y, si lo hace, el contrato se transforma en préstamo o comodato.

La **guarda y custodia de la cosa** constituye una obligación de hacer que consiste en mantener la cosa en lugar seguro para impedir su pérdida o sustracción y en conservarla en el estado en que se recibió para que conserve las cualidades que tenía. Aunque puede intentarse concebirse autónomamente en relación con la guarda y custodia, la responsabilidad del depositario siempre debe conducirse a la obligación de restitución. La responsabilidad del depositario, conforme al artículo 1766 CC, se remite a las reglas generales sobre incumplimiento de obligaciones.

En cuanto a la restitución, hay que distinguir entre obligado y destinatario. El **obligado a la restitución** es, lógicamente, el depositario; en caso de fallecimiento, sus herederos se convierten en los obligados (art. 1778 CC). Si el depósito se hizo en persona incapaz, se aplica el artículo 1765 CC. El **destinatario de la restitución** es, en principio, el depositante o sus herederos (art. 1766 CC), aunque el Código civil prevé como supuestos especiales la pluralidad de depositantes (arts. 1772 y 1763 CC) y el conocimiento por parte del depositario del verdadero propietario de la cosa depositada (art. 1771 CC).

¿Cuándo debe efectuarse la restitución? En principio, la restitución se realizará en el momento convenido, pero el artículo 1775.I CC permite que se efectúe en cualquier momento cuando el depositante la reclame; en cambio, la restitución a voluntad del depositario exige la concurrencia de justos motivos (art. 1776 CC). La restitución se debe efectuar en el lugar designado o, en su defecto, en el lugar en que se halle la cosa depositada, salvo mala fe del depositario (art. 1774 CC).

El depositario no debe proceder a la restitución cuando la cosa depositada ha sido embargada o cuando se ha notificado al depositario la oposición de un tercero a la restitución (art. 1775.II CC).

Como resulta obvio, el objeto de la restitución es la cosa depositada, con sus productos y acciones (art. 1770.I CC). El Código civil prevé reglas especiales para los casos de entrega de cosa cerrada y sellada (art. 1769 CC) y de depósito de dinero, con aplicación a usos propios (art. 1770.II CC). En caso de pérdida fortuita de la cosa depositada, se debe restituir la cosa recibida en sustitución de la perdida fortuitamente (art. 1777 CC).

Las obligaciones del depositante

Las obligaciones principales del depositante son reembolsar los gastos de conservación al depositario y abonar los daños ocasionados al depositario, conforme al artículo 1779 CC, así como abonar la retribución pactada, en su caso (art. 1760 CC).

El artículo 1780 CC confiere al depositario un derecho de retención sobre la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

4.5.6. Depósito irregular, depósito necesario y depósito judicial

La expresión *depósito irregular* se utiliza en dos sentidos distintos:

1) En sentido amplio, cuando se concede al depositario permiso para usar la cosa. Pero en tal caso, el contrato deja de ser depósito (art. 1768.I CC).

2) En sentido estricto, cuando tiene por objeto cosas fungibles, cuya propiedad se transmite al depositario, y este queda obligado a restituir el *tantundem*. El problema que se plantea entonces es si puede seguir hablándose de depósito o nos encontramos siempre ante un mutuo. La diferencia estriba en que no se pretende facilitar bienes para su uso a la otra parte (mutuo), sino una finalidad básica de custodia, y el depositante se reserva la plena disponibilidad. La doctrina mercantil admite el depósito irregular en el ámbito de los depósitos bancarios, si bien conviene distinguir entre los siguientes:

a) Depósito a la vista: el cliente entrega una cantidad de dinero que pasa a ser propiedad de la entidad financiera, teniendo el cliente la facultad de exigir la restitución en cualquier momento.

b) Depósito a plazo: al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante y excluirse la restitución hasta el transcurso del plazo, se encuentra más próximo al préstamo.

El depósito necesario concurre cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad (también denominado «depósito miserable») (art. 1781 CC). En el ámbito de los depósitos extrajudiciales (art. 1762 CC), la transcendencia de la calificación del depósito como necesario es escasa en la medida en que básicamente se aplican las reglas del depósito voluntario (no hay especialidades de régimen jurídico, como sucedía históricamente).

Depósito necesario en fondas y mesones

También es objeto de regulación especial el depósito necesario en fondas y mesones en los artículos 1783 y 1784 CC. Como es obvio, la terminología históricamente superada del Código civil implica poner en relación estas normas con los casos de depósito de objetos vinculados a los contratos de hospedaje. Para estos supuestos, el Código civil sí establece un régimen distinto (más agravado) de responsabilidad del depositario.

Los hosteleros responden como depositarios siempre que:

- 1) se dé conocimiento a los hosteleros, o a sus dependientes, de los efectos introducidos (no es necesario comunicar expresamente la introducción, basta con introducirlos a la vista de los empleados del establecimiento, de modo no clandestino);
- 2) los viajeros observen las prevenciones sobre cuidado y vigilancia de los efectos.

En tal caso, solo se excluye la responsabilidad del hostelero por los daños sufridos en los efectos que sean consecuencia de la fuerza mayor. El caso fortuito, en cambio, no exonera. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales para distinguir ambas situaciones no ofrecen la suficiente claridad.

El depósito judicial o secuestro puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles (art. 1786 CC). Puede ser designado como depositario el ejecutante, el ejecutado o un tercero (art. 626 LEC). El depositario debe conservar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1787 CC) (diligencia debida en el artículo 627 LEC). Este depósito se extingue cuando finalice la controversia, salvo decisión judicial (art. 1787 CC).

5. Los contratos de financiación

5.1. Caracterización general de los contratos de financiación

5.1.1. Delimitación de los contratos de financiación

En sentido amplio, son **contratos de financiación** aquellos en los que se facilita crédito a un sujeto, mediante entrega de dinero o no.

Este planteamiento amplio puede verse en el artículo 1.1 LCC, que se refiere a los contratos en que un empresario concede a un consumidor, o se compromete a concedérselo, un crédito con diversas formas —como pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación— para satisfacer necesidades personales.

5.1.2. Clases de contratos de financiación

En sentido amplio, dentro de los contratos de financiación puede distinguirse entre:

1) **Contratos de préstamo** en sentido estricto, en los que el financiado recibe dinero y contrae una deuda por su importe. El contrato típico, regulado en el Código civil y de comercio, es el préstamo.

2) **Contratos de financiación**, en sentido estricto, en los que simplemente se liquida total o parcialmente al financiado un activo financiero que aquel ya poseía. No se verifica entrega alguna de cantidad dineraria y la capacidad de endeudamiento del deudor puede quedar intacta. Son una manifestación de la atipicidad contractual: contrato bancario de descuento, *factoring*, *leasing*, titulización de créditos, etc. Son un claro ejemplo de ingeniería contractual, con pactos que en ocasiones pueden llegar a vulnerar los límites reconocidos a la autonomía de la voluntad.

La titulización de créditos implica un proceso a través del cual derechos de crédito, actuales o futuros, de una entidad son agregados y, tras modificar algunas de sus características, son vendidos a los inversores en forma de valores negociables. De este modo, activos financieros poco líquidos se transforman en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados (arts. 15 y sigs. de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial).

Descuento bancario

El descuento bancario consiste en un contrato en virtud del cual una entidad de crédito anticipa a un cliente el importe de un crédito pecuniario no vencido que este tiene contra un tercero, deduciendo un interés o porcentaje y a cambio de la cesión del crédito mismo, siempre «salvo buen fin».

5.2. Régimen jurídico básico del contrato de préstamo

5.2.1. Regulación del contrato de préstamo

En el Código civil, la regulación del contrato de préstamo reúne el préstamo y el comodato (art. 1740 CC).

El régimen jurídico del simple préstamo (al que nos referiremos exclusivamente en lo sucesivo como préstamo) se contiene en los artículos 1753 a 1757 CC y 311 a 319 CCom. La regulación del Código civil resulta incompleta y desproporcionada respecto a la gran importancia del crédito en la sociedad actual. También hay que tener en cuenta la incidencia de la legislación sobre protección de consumidores y sobre entidades de crédito, que conforman una amalgama normativa escasamente articulada.

Para que el préstamo se reputé mercantil, las cosas prestadas deben destinarse a actos de comercio y el prestamista o el prestatario ha de ser comerciante (art. 311 CCom). En consecuencia, deben ser considerados civiles los préstamos destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del prestatario (como el crédito al consumo), con independencia de quién sea el prestamista.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944 ya apuntó que el préstamo bancario siempre tenía carácter mercantil, cualquiera que fuera el destino del dinero, porque los contratos bancarios constituían operaciones mercantiles incluidas en el Código de comercio (arts. 2, 175.7 y 199), aun cuando el préstamo se haga a favor de personas ajenas al comercio que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles. Este planteamiento contradice la literalidad del artículo 311 CCom, aunque las consecuencias de calificar el contrato como civil o como mercantil sean escasas: la principal diferencia deriva de lo previsto en el artículo 517.2.5.º LEC, que, entre otros supuestos, considera título ejecutivo las «pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga».

El préstamo

El préstamo de uso se denomina *comodato* y el préstamo de consumo, *simple préstamo* o *mutuo*. La concepción del préstamo como categoría general responde a una inercia histórica y carece de consecuencias normativas.

5.2.2. Concepto legal y caracteres del contrato de préstamo

El concepto legal de préstamo se deriva del artículo 1740 CC; consiste en aquel contrato en el que una de las partes (prestamista) entrega a la otra (prestatario) dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Así pues, se trata de una transmisión de la propiedad, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad:

- 1) de dinero o una cosa fungible;
- 2) por cierto tiempo, y
- 3) con carácter gratuito o retribuido.

El contrato de préstamo se caracteriza por ser un **contrato real** (en el tipo legal, se perfecciona por la entrega de la cosa [art. 1740.I CC]), **unilateral** (ya que solo nacen obligaciones para el prestatario: devolución de la cosa y, en su caso, pago de intereses), **gratuito u oneroso** (en función de si existe pacto de pagar interés, aunque no se deben intereses si no existe pacto al respecto [art. 1755 CC]), temporal y traslativo de la propiedad (art. 1753 CC).

5.2.3. Diferencias entre préstamo y comodato

El Código civil sitúa en la fungibilidad de la cosa prestada un elemento básico para distinguir préstamo y comodato. Así pues, lo relevante es que la cosa prestada se consuma por el uso o no (art. 337 CC).

Distinción entre préstamo y comodato

La justificación se encuentra en esa consumibilidad, y no en la sustituibilidad de la cosa prestada. Por ejemplo, si se presta una raqueta nueva de tenis a un amigo (cosa sustituible pero no consumible), hay comodato y no préstamo, por lo que el amigo no adquiere la propiedad de la raqueta, y deberá devolver precisamente la raqueta que se le prestó y no otra de idénticas características.

Si la cosa prestada es consumible pero no se presta para su consumo (por ejemplo, botellas de vino de antiguas añadas para una exposición de productos de una bodega), hay comodato y no préstamo.

Por ello, en el comodato el comodatario debe restituir la misma cosa prestada, mientras que en el préstamo el prestatario debe restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Esta diferencia implica un régimen distinto en cuanto a la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del contrato y, por consiguiente, un régimen diferente en materia de riesgos por la pérdida de la cosa (arts. 1744 a 1746 y 1753 CC).

5.2.4. Efectos del contrato de préstamo

En cuanto a sus efectos, el préstamo supone transmisión de la propiedad (a diferencia del comodato [art. 1753 CC]), con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC). El prestatario debe devolver la misma cantidad dineraria recibida, no un valor equivalente, por aplicación del artículo 1170 CC (art. 1754 CC). La devolución se debe efectuar en la forma y plazo pactados: de una sola vez y al final del término, o de forma fraccionada y en varios periodos temporales.

Salvo que se pacte expresamente, el préstamo es un contrato gratuito (arts. 1755 CC y 314 CCom), aunque el artículo 1756 CC contradice la claridad de la regla civil.

Si bien en el Código civil el préstamo es un contrato real y unilateral, cabe que se configure con carácter consensual y sinalagmático (art. 1255 CC). Estas posibilidades dan lugar a un diferente régimen jurídico. La cuestión presenta la máxima importancia a los efectos de que el prestamista pueda resolver el contrato o no en caso de incumplimiento del prestatario (art. 1124 CC).

5.3. Régimen jurídico básico del contrato de crédito al consumo

5.3.1. Delimitación del contrato de crédito al consumo

La materia se encuentra regulada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.

La Ley 16/2011 define el **contrato de crédito al consumo** como aquel en el que «un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación» (art. 1.1 LCCC).

El artículo 3 LCCC enumera los contratos a los que no se aplica la Ley (entre otros, los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a doscientos euros, los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, o los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que solo se deban pagar unos gastos mínimos).

5.3.2. Elementos personales del contrato de crédito al consumo

Es **consumidor** la persona física que en esas relaciones actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional, y **prestamista** la persona física o jurídica que concede un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional o se compromete a concederlo. Por lo tanto, la Ley no se aplica a las relaciones entre empresarios o profesionales, o entre consumidores.

La Ley también identifica el denominado *intermediario de crédito*.

5.3.3. Criterios básicos del contrato de crédito al consumo

Se establece el carácter imperativo de las normas y se prohíbe la renuncia del consumidor (art. 5 LCCC). Antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista deberá evaluar la solvencia del consumidor (art. 14 LCCC). El artículo 16 LCCC exige forma escrita (su ausencia supone la anulabilidad del contrato [art. 21.1 LCCC]) y una previsión del contenido mínimo contractual (por ejemplo, la tasa anual equivalente o la relación del importe, número y periodicidad o fechas de los pagos o la relación de elementos que componen el coste total del crédito).

También se aborda el régimen de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito (art. 26 LCCC) y de los contratos de crédito vinculados (art. 29 LCCC, entendiendo por tales aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación

de servicios específicos, y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo; véase. también art. 76 bis TRLGDCU).

5.4. Régimen jurídico básico del contrato de *leasing*

5.4.1. Finalidad y delimitación del contrato de *leasing*

La finalidad del contrato de *leasing* es permitir que una empresa pueda utilizar cierto bien (mueble o inmueble) recurriendo al crédito y que la sociedad de *leasing* (que actúa como financiadora) disponga de garantías suficientes (al ostentar la propiedad del bien) hasta que se le reembolse el importe del crédito. La empresa financiada es la que decide el tipo de bien cuyo uso requiere, soportando el riesgo de desuso pero evitando la inmovilización de capital que supondría haber optado por la compra, y gozando de ciertas ventajas fiscales.

En el contrato de *leasing*, una empresa (la sociedad de *leasing*) cede a la empresa financiada (el financiado y usuario), a cambio de una renta periódica, el uso de un bien duradero, mueble o inmueble, por un periodo de tiempo irrevocable, con opción de compra cuando este acabe por un precio residual previamente determinado en el contrato.

Contrato de *leasing*

El contrato de *leasing* carece de regulación general, y se contempla en disposiciones de carácter administrativo, fiscal (como la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; o la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles).

Se caracteriza por ser un contrato atípico, sinalagmático y oneroso.

5.5. Régimen jurídico básico del contrato de *factoring*

5.5.1. Finalidad y delimitación del contrato de *factoring*

El contrato de *factoring* es un contrato atípico que consiste en que el acreedor cede su crédito a otra persona (denominada *factor* o *sociedad de factoring*), que se obliga a prestar determinados servicios y actividades directamente relacionadas con el cobro del crédito.

Contrato de *factoring*

Se trata de un contrato sobre todo atípico, configurado al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC).

La sociedad de *factoring* puede asumir diversas funciones:

- 1) **de gestión** (gestiona el cobro y lleva la contabilidad de los créditos cedidos),
- 2) **de garantía** (asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos), y
- 3) **de financiación** (anticipa el importe de los créditos cedidos, función predominante en la práctica contractual).

Esta pluralidad de funciones implica que no exista un único tipo de *factoring* y que no siempre sea un contrato de financiación.

Contrato de *confirming*

Un supuesto distinto es el contrato de *confirming*, que se orienta sobre todo a la gestión de pagos. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012:

«[e]l contrato de *confirming*, surgido de la práctica mercantil, se concierta generalmente entre una empresa con gran facturación y una entidad de crédito para la gestión y administración de los pagos, y no para cederle los créditos, salvo pacto expreso. En el *confirming*, la empresa o cliente es el deudor frente a sus proveedores. En el *confirming*, salvo pacto en contrario, no se garantiza el pago. La doctrina lo considera un supuesto especial de contrato de comisión mercantil. Al ser un contrato de comisión mercantil, se regula por los artículos 244 a 280 CCom, y, supletoriamente, por los artículos 1709 a 1739 CC».

6. Los contratos societarios

6.1. Caracterización general de los contratos societarios

6.1.1. Delimitación de los contratos societarios

Alguna de las formas de colaboración entre las personas supera el puro intercambio de prestaciones, característico de los contratos de cambio (como la compraventa o el arrendamiento). En ocasiones, esa colaboración se articula mediante la cooperación para conseguir un fin de interés común, con la aportación de todos los partícipes. Esta situación encuentra hoy en día un respaldo constitucional en el artículo 22 CE, que reconoce el **derecho de asociación**.

6.1.2. Aspectos contractuales y asociativos

Toda relación asociativa entraña un vínculo contractual, sin que ello permita confundir ese aspecto contractual con la vertiente organizativa o institucional en la medida en que puede dar lugar a la existencia de una persona jurídica.

Así pues, es necesario distinguir una doble vertiente:

- 1) **Contractual**, en tanto que genera, como todo contrato, derechos y obligaciones para las partes.
- 2) **Organizativa**, puesto que implica una organización unificada para el desarrollo del objeto social, que puede significar la constitución de una persona jurídica.

6.2. Régimen jurídico básico del contrato de sociedad

6.2.1. Regulación del contrato de sociedad civil

En el Código civil encontramos la regulación de la sociedad civil (arts. 1665 a 1708 CC), pero debemos tener en cuenta que también se regula el contrato de sociedad en los artículos 116 a 239 CCom, y que se constata una amplia descodificación con previsión de tipos especiales de sociedades.

La sociedad civil

El Código civil, al regular la sociedad civil, pone el acento en la vertiente contractual, sin abordar apenas las cuestiones organizativas.

6.2.2. Concepto legal y caracteres del contrato de sociedad civil

El concepto legal de **sociedad civil** aparece en el artículo 1665 CC, que indica que es un «contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias».

De ello resulta que los elementos del contrato de sociedad son los siguientes:

- 1) La puesta en común de bienes, dinero o trabajo por parte de los socios.
- 2) La finalidad común, que no se ha de identificar estrictamente con el ánimo de lucro, sino que basta con un beneficio repartible entre los socios.
- 3) La *affectio societatis*, que, doctrinalmente se considera equivalente al simple consentimiento contractual.

El contrato de sociedad se caracteriza por ser un contrato consensual, no formal, plurilateral, oneroso, conmutativo y de carácter duradero.

Con carácter general, la libertad de forma se aplica al contrato de sociedad civil (art. 1667 CC). Pero el artículo 1667 CC exige escritura pública cuando se aporten a la sociedad civil bienes inmuebles o derechos reales (obviamente, sobre inmuebles), y el artículo 1668 CC califica como nulo el contrato de sociedad, con aportación de bienes inmuebles, «si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura». El alcance de esa exigencia es doctrinalmente discutido.

No es adecuado hablar de sociedad civil irregular porque la irregularidad es una noción registral derivada de la no inscripción y las sociedades civiles no se inscriben en registro alguno (A. Perdices). Sin embargo, el planteamiento de la jurisprudencia es más confuso porque en ocasiones alude a la irregularidad cuando no se ha otorgado la escritura pública, siendo exigible conforme al artículo 1667 CC (STS de 11 de marzo de 2008) o cuando se trata de sociedad interna (STS de 12 de diciembre de 2003).

6.2.3. Clasificaciones de las sociedades

Aunque el Código civil otorga mucha importancia a la distinción entre las sociedades particulares y universales (arts. 1671 a 1678 CC), presentan más interés otras distinciones.

1) Sociedades de personas y sociedades estatutarias

La **sociedad de personas** se caracteriza por la relación de confianza entre los socios y el carácter personal de la condición de socio (*intuitu personae*). Por ello, con carácter general, la condición de socio es intransmisible, la sociedad se extingue por muerte del socio, los acuerdos se adoptan por unanimidad y de modo informal, los propios socios gestionan la sociedad y los socios res-

ponden personal e ilimitadamente de las deudas sociales. Los tipos básicos de sociedad personalista son la **sociedad civil**, la **sociedad colectiva** (arts. 125 y sigs. CCom) y la **sociedad comanditaria simple** (arts. 145 y sigs. CCom).

En cambio, en la **sociedad estatutaria**, la organización derivada del contrato de sociedad se independiza de los socios, en virtud de una normativa objetiva e interna (los estatutos). Por ello, con carácter general, la condición de socio es transmisible, los acuerdos se adoptan por mayoría, existen órganos específicos de gestión de la sociedad y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada, dada la autonomía del patrimonio social. Los tipos básicos de sociedad estatutaria son la **sociedad anónima**, la **sociedad de responsabilidad limitada**, la **sociedad de garantía recíproca** y la **sociedad cooperativa**.

2) Sociedades civiles y mercantiles

El criterio tradicional de distinción era un criterio puramente formal: debían considerarse mercantiles las sociedades constituidas conforme al Código de comercio (arts. 1, 116 y 119 CCom). Pero el criterio meramente formal es inadecuado: la sociedad se inscribe en el Registro Mercantil porque es una sociedad mercantil y no se califica como tal porque se haya inscrito en dicho Registro.

En la actualidad se considera necesario tener en cuenta un doble criterio: el objeto o materia de la sociedad y tipo o forma de la sociedad.

a) En caso de sociedades personalistas, la sociedad será mercantil por su objeto, esto es, si constituye ejercicio de comercio (la sociedad será colectiva o comanditaria simple). Y si el objeto de la sociedad no constituye ejercicio de comercio, la sociedad será civil.

b) En caso de sociedades estatutarias, la sociedad siempre será mercantil por la forma: con independencia de cuál sea su objeto, la sociedad anónima, la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones son siempre mercantiles.

6.2.4. Adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil

¿Cómo adquiere personalidad jurídica la sociedad civil? La cuestión se aborda en el artículo 1669 CC, conforme al cual, «[n]o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Así pues, no se exige la inscripción de la sociedad civil en ningún registro para que adquiera personalidad jurídica.

6.2.5. Actuación de la sociedad civil

En cuanto a la actuación de la sociedad, conviene diferenciar entre **administración** (que atañe a las relaciones sociales internas) y **representación de la sociedad** (que afecta a las relaciones sociales externas), aunque el Código civil no diferencia adecuadamente ambos extremos: salvo que en el contrato se pacte otra cosa, la facultad para administrar implica el poder para representar a la sociedad (art. 1698.III CC).

La forma de administración queda al pacto entre los socios (por ejemplo, nombramiento de un socio como administrador único [art. 1692 CC], de dos socios o más [arts. 1693 y 1694 CC] o de un tercero), si bien el Código civil ofrece reglas supletorias. Si no se ha pactado nada, todos los socios se considerarán administradores, y lo que cualquiera de ellos hiciera por sí solo, obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes de que hayan producido efecto legal (art. 1695 CC). Así, se establece un sistema de administración separada, con derecho de oposición a la actuación individual.

En el plano de la representación, para que una sociedad quede vinculada por la actuación de un socio, se exige que este actúe como tal, que esté apoderado para obligar a la sociedad y que actúe dentro de los límites de ese poder (art. 1697 CC). Por el contrario, el artículo 1698.II CC delimita cuándo la sociedad no queda vinculada por los actos de sus socios.

6.2.6. Responsabilidad de los socios

En cuanto a la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad, el artículo 1698.I CC establece que «[l]os socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad».

De esta norma se deduce lo siguiente:

1) En caso de **sociedad con personalidad jurídica**, responden la propia sociedad (externa), por aplicación del artículo 1911 CC, y los socios personal e ilimitadamente (con todos sus bienes, y no solo con lo aportado a la sociedad), pero no de forma solidaria, sino mancomunada y subsidiaria.

2) En caso de **sociedad sin personalidad jurídica**, responden los socios directamente (dado que, en realidad, no hay propiamente deudas sociales o de la sociedad), de forma no solidaria entre ellos y con carácter proporcional a sus cuotas.

Responsabilidad solidaria

No obstante, cuando se trata de sociedad civil calificada jurisprudencialmente como irregular (a pesar de la falta de rigor de esa calificación), los tribunales suelen considerar que la responsabilidad de los socios es solidaria (STS de 8 de mayo de 1997).

6.2.7. Extinción de la sociedad civil

Finalmente, en cuanto a la extinción de la sociedad, los artículos 1700 CC y siguientes regulan sus causas, teniendo en cuenta que, dado que el contrato de sociedad no tiene carácter sinalagmático, no le resulta de aplicación el régimen jurídico de esas obligaciones. Las causas de extinción ponen de manifiesto el carácter *intuitu personae* del contrato de sociedad.

6.3. Régimen jurídico básico del contrato de aparcería

6.3.1. Delimitación de los contratos de aparcería

Los **contratos de aparcería** pertenecen a la categoría de los contratos parciarios, es decir, aquellos que se caracterizan por el hecho de que una parte realiza una prestación en favor de otra a cambio de participar en una cuota o parte de los resultados o frutos obtenidos por esta por el uso o disfrute de aquella prestación. El contrato parciario es aquel en el que los sujetos van a partes (de ahí su nombre) en los resultados obtenidos por uno de ellos por la prestación realizada por el otro.

El contrato de aparcería aparece regulado en el artículo 28 LAR y siguientes. Dicho artículo 28.1 LAR indica que «[p]or el contrato de aparcería, el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones».

También se regula en el artículo 30 LAR la aparcería asociativa identificada con aquellos «contratos parciarios en que dos o más personas aporten o pongan en común el uso y disfrute de fincas, capital, trabajo y otros elementos de producción, con la finalidad de constituir una explotación agrícola, ganadera o forestal, o de agrandarla, acordando repartirse el beneficio que obtengan proporcionalmente a sus aportaciones».

7. Los contratos aleatorios

7.1. Caracterización general de los contratos aleatorios

7.1.1. La categoría de los contratos aleatorios

Tradicionalmente, dentro de los contratos onerosos, se suelen contraponer los contratos conmutativos y los contratos aleatorios. La distinción se establece en función del conocimiento de la ganancia, de la proporción de las prestaciones o de la certidumbre acerca del resultado económico del contrato. En el fondo, el aleas (la incerteza, la suerte o el azar) afecta a la causa del contrato y determina la función social típica del contrato. A pesar de la poca claridad de sus caracteres, el Código civil utiliza el contrato aleatorio como una categoría normativa general (arts. 1790 a 1808 CC).

El **contrato aleatorio** se caracteriza por la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del resultado de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto y la voluntariedad de los interesados en asumir ese riesgo.

7.1.2. Concepto legal de contrato aleatorio

La definición legal del contrato aleatorio se contiene en el artículo 1790 CC, conforme al cual, «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».

Esta definición legal es sumamente defectuosa, puesto que no diferencia de forma adecuada el contrato aleatorio del condicional y no permite incluir en esa definición el contrato de renta vitalicia.

En última instancia, se debe reconocer que la categoría general de los contratos aleatorios carece de trascendencia normativa, dado que no existe una normativa general aplicable supletoriamente a todo contrato aleatorio y dado que las partes gozan de una amplia autonomía para configurar su contenido y crear contratos aleatorios atípicos.

7.2. Régimen jurídico básico del contrato de alimentos

7.2.1. Concepto legal y caracteres del contrato de alimentos

El contrato de alimentos se regula en los artículos 1791 a 1797 CC. Su concepto legal aparece en el artículo 1791 CC, conforme al cual, «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

El deudor no está sujeto a una obligación de dar, sino mixta de dar y hacer (proporcionar vivienda, manutención y asistencia). El carácter autónomo del contrato no impide la aplicación analógica de los artículos 1802 a 1808 CC.

El contrato de alimentos se caracteriza por ser un contrato consensual, sinalagmático, oneroso, aleatorio, *intuitu personae* y normalmente traslativo de la propiedad.

7.2.2. Elementos personales del contrato de alimentos

En cuanto a sus elementos subjetivos, siempre concurre un **alimentante o deudor de los alimentos** (persona obligada a proporcionar vivienda, manutención y asistencia) y un **alimentista o beneficiario** (acreedor de la prestación del alimentante), y **quien transmite el capital al alimentante** que puede ser o no distinto a la persona que transmite el capital al alimentante (por ejemplo, padres de una persona con discapacidad).

7.2.3. Contenido del contrato de alimentos

El contenido del contrato se describe en el artículo 1793 CC: «[l]a extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe».

La obligación de dar alimentos solo cesa en caso de muerte del alimentista, sin que se apliquen el resto de las causas del artículo 152 CC (art. 1794 CC).

7.2.4. Reglas en caso de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos

En caso de incumplimiento de la obligación de dar alimentos, el artículo 1795 CC concede una opción al alimentista: exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los alimentos devengados antes de la demanda, o la resolución del

contrato, con aplicación en ambos casos de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. También puede exigir la sustitución de la prestación conforme al artículo 1792 CC.

Como clara manifestación del carácter tuitivo para el alimentista, el artículo 1796 CC establece que en caso de resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir de nuevo una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

7.3. Régimen jurídico básico del contrato de juego y apuesta

7.3.1. Regulación del contrato de juego y apuesta

Su régimen jurídico-civil aparece en los artículos 1798 a 1801 CC. Las normas del Código civil parten de una visión negativa del juego y la apuesta: hasta 1983, estaban tipificados penalmente. Este planteamiento explica la distinción del Código civil entre juegos y apuesta **prohibidos** (esto es, los tipificados penalmente) y **no prohibidos** (en esencia, los del artículo 1798 CC). Las normas del Código civil se refieren solo a las consecuencias patrimoniales y su licitud, y no a la configuración contractual del juego y la apuesta.

Regulación

Desde 1977 se regulan los juegos y casinos en sus aspectos administrativos, fiscales y penales. En la actualidad, existe una regulación compleja y confusa, sobre todo administrativa, de carácter estatal y autonómico.

7.3.2. Criterios básicos del contrato de juego y apuesta

Aunque en el Código civil se quiere distinguir entre el juego y la apuesta y se han formulado diversos criterios de distinción, en realidad la distinción carece de consecuencias normativas, en la medida en que sea juego, sea apuesta, se aplica el mismo régimen jurídico.

El juego y la apuesta se caracterizan por ser un contrato consensual, sinalagmático, oneroso, aleatorio y no formal.

En el Código civil, la distinción fundamental se plantea en torno al carácter prohibido o no del juego y la apuesta, porque implica aplicar un régimen jurídico totalmente distinto.

De los artículos 1798, 1799.II y 1800 CC resulta que no deben considerarse prohibidos los juegos que contribuyen al desarrollo de destrezas corporales o intelectuales (se interpreta el artículo 1800 CC de acuerdo con la realidad social actual: que contribuyan a potenciar el cuerpo, en su aspecto físico-motriz e intelectual), ni, según la jurisprudencia, los juegos de suerte, envite o azar, declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto.

Conforme al artículo 1798 CC, en caso de juego o apuesta prohibido, no existe acción para reclamar lo que se gana en ellos, pero si se paga voluntariamente, no se puede repetir lo pagado (*soluti retentio*), salvo que concurra dolo, menor edad o inhabilitación para la administración de los bienes.

Conforme al artículo 1801 CC, en caso de juego o apuesta no prohibido, existe acción para reclamar lo que se gana, pero el juez puede rechazar la demanda cuando la cantidad sea excesiva o reducir la deuda en lo que exceda de los usos de un buen padre de familia.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008, si un casino otorga un préstamo a un jugador infringiendo la prohibición establecida por la normativa administrativa, el juego habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir de ese momento (en el que se prestó dinero al jugador). Y, en consecuencia, el casino carecerá de acción para reclamar lo ganado en el juego, por cuanto ya no será de aplicación el artículo 1801

CC, sino el artículo 1798 CC. El criterio de la causa torpe del artículo 1306 CC conduce a la misma solución.

7.4. Régimen jurídico básico del contrato de renta vitalicia

7.4.1. Concepto legal y caracteres del contrato de renta vitalicia

El contrato de renta vitalicia se regula en los artículos 1802 a 1808 CC. Se describe en el artículo 1802 CC como aquel contrato que «obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión». El supuesto legal contemplado es el de constitución onerosa, pero también cabe una constitución gratuita (art. 1807 CC), o mediante figuras sucesorias (art. 880 CC).

La característica básica del contrato estriba en que el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una persona determinada o más de una.

Se trata de un contrato no formal, que puede ser oneroso (y aleatorio) o gratuito, pero se discute en la doctrina si es consensual o real.

7.4.2. Elementos personales del contrato de renta vitalicia

Los elementos subjetivos del contrato son el **deudor de la renta** (persona que recibe el capital transferido y queda obligado al pago de la pensión), la **persona cuya vida determina la duración de la renta** (pueden ser varias personas, pero se excluyen las personas jurídicas), el **acreedor de la renta o pensionista** (tiene derecho al pago de la pensión y pueden ser tanto la persona que transfirió dichos bienes como una tercera persona beneficiada [estipulación a favor de tercero]) y el **constituyente** (quien entrega al deudor de la renta los bienes muebles o inmuebles que constituyen el capital).

7.4.3. Contenido del contrato de renta vitalicia

Los elementos objetivos son la **pensión** (que es un derecho de crédito y de naturaleza personal, a pesar de la redacción del artículo 1802 CC) y el **capital** (que puede ser en bienes muebles o inmuebles).

7.4.4. Reglas en caso de incumplimiento de la obligación de pago de la pensión

El Código civil establece una regla específica para el caso de incumplimiento del deudor de la pensión, puesto que, según el artículo 1805 CC, «[l]a falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a

exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras».

En consecuencia, se excluye la aplicación del artículo 1124 CC y de la facultad resolutoria por incumplimiento, y ante el incumplimiento, solo cabe exigir el cumplimiento forzoso.

7.5. Régimen jurídico básico del contrato de seguro

7.5.1. Concepto legal y caracteres del contrato de seguro

La regulación fundamental del contrato de seguro aparece en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, cuyo artículo 1 lo describe como aquel contrato en el que «[e]l asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». La aleatoriedad reside en la incertidumbre acerca de la producción del evento.

El contrato de seguro se caracteriza por ser un contrato consensual, sinalagmático, oneroso, aleatorio y formal.

7.5.2. Criterios básicos del contrato de seguro

En la Ley se distinguen dos grandes grupos de seguros:

- 1) **Los seguros de daños:** incendios, robos, transporte, lucro cesante, caución, crédito, responsabilidad civil y defensa jurídica.
- 2) **Los seguros de personas:** vida, accidente y enfermedad y asistencia sanitaria.

8. Los contratos relativos a la resolución de controversias

8.1. Controversias y mecanismo de solución

Cuando existe controversia jurídica entre dos personas (por ejemplo, ¿quién es el propietario de una plaza de garaje? ¿Quién debe abonar ciertos gastos? ¿Cuál es el importe de los daños que se han ocasionado?), estas disponen de diferentes fórmulas para tratar de dirimirla.

Con carácter general y subsidiario (es decir, aunque las partes no estén de acuerdo en acudir a esta fórmula), las partes pueden acudir a la vía judicial. Al presentar la correspondiente demanda, y después de tramitar el procedimiento que corresponda, el juez dictará una sentencia, en la que dará la razón a una parte u otra, y el conflicto quedará zanjado.

Sin embargo, puede suceder que las partes prefieran no acudir a esa vía judicial por diversas razones (por ejemplo, por motivos de confidencialidad, rapidez, flexibilidad o especialización). El ordenamiento ofrece varios mecanismos en los que las partes, de común acuerdo, optan por una fórmula distinta a la judicial para resolver su conflicto jurídico. Debe tenerse en cuenta que, para utilizar estas fórmulas no judiciales, es necesario que las partes muestren su conformidad, por lo que, en última instancia, en la base de esas fórmulas se halla un contrato entre las partes.

No todas esas fórmulas se articulan con arreglo al mismo procedimiento ni tienen los mismos efectos: las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia por sí solas (**transacción**) o con la ayuda de un tercero (**mediación**), o pactar que sea un tercero quien decida la solución que concluya con ese conflicto (**convenio arbitral**). Y la solución adoptada puede ser equivalente a un contrato o a una sentencia.

8.1.1. Régimen jurídico básico del contrato de mediación

Regulación y delimitación de la mediación

La mediación se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Interés público

Hay materias en las que, por concurrir un interés público, no cabe evitar la decisión judicial: por ejemplo, la declaración de nulidad de un matrimonio.

Normativa autonómica

También existe numerosa normativa autonómica, entre la que destaca por su carácter general la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Conforme al artículo 1 de la Ley 5/2012, «[s]e entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».

La mediación

La solicitud de inicio de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de acciones (art. 4).

La mediación puede referirse a asuntos civiles o mercantiles, «siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable» (art. 2.1).

Los principios informadores de la mediación son la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y la confidencialidad. Además, las partes deben actuar entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (arts. 6 a 10).

Criterios básicos del contrato de mediación

La ley no define el contrato de mediación, es decir, el que existe entre las partes y el mediador. Por el contrato de mediación, una parte, denominada *mediador*, se obliga a prestar servicios de información, orientación y asistencia, sin que se le otorgue facultad decisoria propia, por encargo de ciertas personas (las partes) que se encuentran en situación de conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios, con la finalidad de llegar a acuerdos.

Como consecuencia del contrato de mediación, el mediador se obliga a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben (art. 14). Con carácter general, la mediación es retribuida, y su coste es asumido por las partes: ese coste, aunque no se haya llegado a ningún acuerdo, se divide por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación (art. 15).

8.1.2. Régimen jurídico básico del contrato de transacción

Regulación y clases de transacción

El contrato de transacción se regula en los artículos 1809 a 1819 CC. Además, se deben tener en cuenta los artículos 19, 414 y 415 LEC.

La transacción puede ser extrajudicial o judicial.

La **transacción extrajudicial** puede referirse a una controversia en la que se haya iniciado un procedimiento o no, y se desarrolla fuera del proceso y solo tiene efectos indirectos en él. Tiene efectos de cosa juzgada entre las partes (art. 1816 CC).

La **transacción judicial** se refiere a una controversia en la que se ha iniciado un procedimiento judicial, aunque puede desarrollarse con presencia judicial (arts. 414 y 415 LEC) o sin ella. Se aprueba judicialmente y se somete a homologación (art. 19 LEC), con independencia de que haya tenido lugar ante el órgano judicial o fuera de su presencia. En cuanto a su eficacia, hay que destacar que constituye un título ejecutivo (art. 517.2.3.º LEC).

Concepto legal y caracteres del contrato de transacción

El concepto legal de contrato de transacción aparece en el artículo 1809 CC: «[l]a transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

Por tanto, la clave de la transacción se encuentra en esas concesiones recíprocas que efectúan las partes para evitar un pleito aún no comenzado o para concluir el ya iniciado: cada parte debe sufrir un sacrificio en su posición y pretensión.

Por consiguiente, la **transacción** se presenta como un contrato consensual, sinalagmático, oneroso y no formal.

Elementos personales del contrato de transacción

En cuanto a sus elementos subjetivos, el Código civil no establece una regla general sobre capacidad para transigir, pero al prever reglas especiales (padres, tutores y corporaciones), presupone que la transacción es un negocio dispositivo, pues la asimila a la enajenación (arts. 1810 a 1812 CC).

Elementos objetivos del contrato de transacción

El objeto de la transacción es la relación jurídica controvertida. El artículo 1815.I CC establece un principio de interpretación estricta en cuanto a su objeto, puesto que «no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma».

Una renuncia general indeterminada afectaría a la tutela judicial de las partes (art. 24.1 CE), por lo que solo se admite una renuncia general de aquellos derechos «que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción» (art 1815.II CC).

El Código civil tampoco establece una regla general sobre materias sobre las que cabe transigir. Solo se prevén reglas especiales de carácter excluyente: se excluyen de la transacción las materias que afectan al orden público y al interés general (no son disponibles por los particulares), como ejemplifican los artículos 1813 y 1814 CC.

Se admite la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no sobre la acción pública relativa a las consecuencias jurídico-penales (art. 1813 CC). Se prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros (art. 1814 CC). Sí se puede transigir sobre alimentos devengados y no satisfechos (STS de 24 de febrero de 1989).

Es nula la «transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos» (art. 816 CC).

Eficacia e ineficacia del contrato de transacción

En cuanto a sus efectos, el artículo 1816 CC indica que tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

El Código civil dedica cierta atención a la ineficacia del contrato de transacción, en especial por cuestiones relativas al error de las partes (arts. 1817 a 1819 CC).

En la práctica, el problema más importante es qué sucede cuando se resuelve por incumplimiento el contrato de transacción, y si ello supone volver a la situación anterior a la transacción o no. La cuestión se plantea a la vista de la referencia a la eficacia de cosa juzgada de la transacción (art. 1816 CC) y si a esa referencia se le debe dar algún sentido preciso, más allá de la propia vinculación contractual. La jurisprudencia no mantiene un criterio claro al respecto.

8.1.3. Régimen jurídico básico de los contratos vinculados al arbitraje

Regulación y delimitación del arbitraje

El arbitraje se regula sobre todo en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, que aborda el arbitraje interno e internacional, tratando de convertir a España en sede de arbitrajes internacionales. Esta Ley concede a las partes un amplio margen de libertad en cuanto al convenio y al procedimiento arbitral.

El **arbitraje** es la institución de solución privada de un conflicto jurídico mediante la decisión vinculante de uno o varios árbitros.

Se compone de tres elementos: el convenio arbitral; el contrato de dación y recepción del arbitraje, y el procedimiento arbitral.

1) El convenio arbitral

El convenio arbitral es el contrato en virtud del cual las partes someten a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9.1 LA).

El convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente. Si se incorpora a contratos de adhesión, deben cumplirse las exigencias de la Ley de condiciones generales de la contratación (art. 9.2 LA). Cuando intervienen consumidores y usuarios, deben tenerse en cuenta los artículos 57.4 y 90.1 TRLGDCU.

También se admite el arbitraje derivado de disposición testamentaria (art. 10 LA).

El convenio arbitral supone un doble efecto (art. 11 LA):

- 1) **Positivo:** obliga a las partes a cumplir lo estipulado.
- 2) **Negativo:** impide a los tribunales conocer las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (arts. 63 y sigs. LEC).

2) El contrato de dación y recepción del arbitraje

El contrato de dación y recepción del arbitraje es el contrato en virtud del cual se encomienda a una institución arbitral o a uno o varios árbitros la resolución de una controversia.

El contrato de dación y recepción del arbitraje se celebra entre las partes del procedimiento arbitral y la institución encargada de la administración del arbitraje (por ejemplo, Tribunal Arbitral de Barcelona) y el árbitro o los árbitros designados.

3) El procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral consiste en el procedimiento que deben seguir los árbitros en el desarrollo del arbitraje, con respeto a los principios de confidencialidad y de igualdad, audiencia y contradicción de las partes, y de acuerdo con lo pactado por estas.

El árbitro puede resolver en derecho o en equidad. Como regla general, todo arbitraje se debe decidir en derecho, salvo que las partes autoricen a los árbitros a que decidan en equidad (art. 34.1 LA).

El procedimiento concluye con el laudo arbitral, que produce efectos de cosa juzgada (art. 43 LA) y que constituye un título ejecutivo (art. 517.2.2.º LEC).

La impugnación del laudo solo puede efectuarse conforme a las causas que enumera el artículo 41 LA.

Resumen

En este módulo hemos ofrecido los caracteres generales y el régimen jurídico básico de un amplio abanico de relaciones contractuales.

Resulta fundamental tener en cuenta la función que las partes pretenden asignar al contrato para llevar a cabo una calificación adecuada de cada supuesto concreto.

Los contratos con función traslativa se encaminan a transmitir una propiedad u otro derecho real. En el sistema español, no basta con la concurrencia de un contrato oneroso (como la compraventa o la permuta), sino que es necesaria la entrega o forma equivalente (art. 609 CC). En cambio, la donación no se somete a esta necesidad de tradición, aunque sí se exigen requisitos formales más estrictos (arts. 632 y 633 CC). En el ámbito de la compraventa, ante la proliferación de normas especiales, es necesario tener en cuenta cuándo se aplica un régimen u otro.

Los contratos de uso y disfrute presentan una gran importancia económica (en especial, los de carácter oneroso); es necesario conocer las claves de aplicación de la legislación especial y cómo inciden en su régimen jurídico.

En una economía con una progresiva importancia del sector servicios, los contratos de servicios tienen cada vez más peso. Las modalidades que engloban los contratos de servicios permiten abarcar una amplia gama de situaciones, sometidas a diferentes regímenes jurídicos.

Del mismo modo, es necesario conocer las diferentes formas de contratos de financiación, puesto que es una materia en la que aparecen diversos contratos atípicos y en la que confluye una pluralidad normativa de origen bancario y de protección de consumidores.

Los contratos societarios deben analizarse poniendo de relieve cómo los criterios de colaboración entre las personas afectan decisivamente a sus reglas básicas.

Entre los contratos aleatorios ha gozado de gran transcendencia el contrato de seguro, pero por las características de nuestra sociedad actual, es previsible que otras modalidades como el contrato de alimentos o, incluso, el de renta vitalicia tengan en el futuro funciones importantes.

Por último, la inevitabilidad de las controversias entre las personas y las consabidas dificultades de las soluciones estrictamente judiciales contribuyen a potenciar el recurso a las formas contractuales como mecanismos de resolu-

ción de esos conflictos. Para ello, como es obvio, no solo es necesario conocer sus diferentes efectos, sino determinar qué controversias son susceptibles de ser resueltas.

Ejercicios de autoevaluación

1. Al adquirir un vehículo de segunda mano, ¿debe el vendedor facilitar al comprador los manuales de instrucciones del vehículo y de la radio, de los que nada se decía en el contrato?
2. Tras comprar un disco duro multimedia para su casa, Juan comprueba que uno de los soportes está ligeramente deteriorado. Arrepentido de la compra, ¿puede instar la resolución de la adquisición?
3. Carlos y Luis acuerdan que Luis adquirirá la bicicleta de Carlos a cambio de impartir a Carlos veinte sesiones de una hora de inglés. ¿Es válida esta permuta?
4. Ignacio dona a Rafael cien mil euros en escritura pública. ¿Es válida la donación?
5. María José donó en escritura pública a su amiga Carmela un valioso piso frente a la playa de la Concha en San Sebastián. Al contraer matrimonio un año después María José con Gorka, ¿puede revocar la donación efectuada a Carmela?
6. Ángel alquila un apartamento para el periodo navideño en Vielha. ¿Debe necesariamente durar un mínimo de cinco años, según la voluntad del arrendatario?
7. Luisa ha arrendado una plaza de garaje en un aparcamiento descubierto, ubicado en un solar que hay cerca de su casa. ¿Se le aplica la Ley de arrendamientos urbanos?
8. Ricardo presta su coche a Isabel para que haga un viaje por Asturias. ¿Quién debe abonar los gastos de gasolina y cambio de una rueda que se pinchó durante el trayecto?
9. Adela ha sido contratada para asesorar legalmente a una comunidad de propietarios por un plazo de cinco años. Transcurridos seis meses del contrato, la comunidad comunica a Adela que dispone de una oferta mejor de asesoramiento y que, transcurridos otros seis meses, el contrato se dará por extinguido. ¿Es correcta la actuación de la comunidad de propietarios?
10. Conocedora de su trayectoria artística, Jimena encarga a Walter una escultura en bronce para su hotel. Al ser cuestionada su decisión por algunos amigos, Jimena cambia de idea y comunica a Walter que ya no desea la escultura. ¿Es correcta la actuación de Jimena?
11. ¿Quién debe abonar los gastos efectuados para la conservación de la cosa depositada cuando el depósito es retribuido?
12. ¿Toda sociedad civil tiene personalidad jurídica propia distinta de la de sus socios?
13. ¿Dónde se regula el contrato de aparcería?
14. ¿Es usurario un préstamo que exige un interés anual del dieciocho por ciento?
15. ¿Puede establecerse una renta vitalicia cuya duración dependa de la existencia de una fundación?
16. ¿Es el contrato de alimentos un contrato traslativo de la propiedad?
17. ¿Sobre qué materias no pueden recaer el contrato de transacción y el convenio arbitral?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Efectivamente, no solo se debe poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida, sino también sus accesorios, aunque no se hayan mencionado en el contrato (art. 1097 CC).
2. No. En el ámbito de las compras de bienes de consumo, ante la falta de conformidad del bien, tienen carácter preferente la sustitución o la reparación del bien. La resolución opera con carácter subsidiario y, además, no puede prosperar en caso de falta de conformidad de escasa importancia (arts. 119 a 121 TRLGDCU).
3. En el Código civil, la permuta se configura como un intercambio de cosa por cosa (art. 1538 CC). Un contrato de intercambio de cosa por servicio no es técnicamente permuta, aunque nada obsta a su validez como contrato atípico.
4. Naturalmente, la donación es válida. El dinero es un bien mueble y para su validez basta que se haga por escrito (constando del mismo modo la aceptación) o que se haga verbalmente con entrega de la cosa (art. 632 CC). La exigencia de que se haga por escrito se cumple con la escritura pública, aunque no sea necesaria esa formalidad adicional: habría bastado un documento privado.
5. No. Las causas de revocación de la donación están tasadas legalmente (supervivencia o superveniencia de hijos, ingratitud o incumplimiento de cargas). No cabe revocar la donación por haber contraído matrimonio: si de ese matrimonio nacieran hijos sí que podría plantearse en su caso la revocación (art. 644 CC).
6. No. Un arrendamiento para el periodo navideño es un arrendamiento de temporada y, como tal, para uso distinto del de vivienda (art. 3 LAU), por lo que no son de aplicación los artículos 9 y 10 LAU. El contrato tendrá la duración que libremente acuerden las partes (art. 4.3 LAU).
7. No. La Ley de arrendamientos urbanos debe referirse necesariamente a una edificación (art. 1 LAU), y ese dato no concurre en un aparcamiento descubierto sito en un solar. A ese arrendamiento se le aplicarán las normas sobre arrendamiento de cosas del Código civil (arts. 1546 y sigs. CC).
8. En el contrato de comodato, el comodatario (Isabel) está obligado a abonar los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa (art. 1743 CC). En cambio, el comodante (Ricardo) debe abonar los gastos extraordinarios (art. 1751 CC). Es cuestión de interpretación la determinación de qué gastos son ordinarios y cuáles extraordinarios.
9. No. La posibilidad de un desistimiento unilateral, sin necesidad de alegación de causa en tiempo razonable y de buena fe, en un contrato de prestación de servicios requiere que el contrato tenga duración indefinida. Si el contrato, como es el caso, tiene una duración pactada, vincula a las partes de modo que no cabe el desistimiento unilateral sin causa.
10. Jimena puede desistir del contrato de obra al amparo del artículo 1594 CC, pero debe indemnizar a Walter todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra. Ello significa que no solo abona los gastos ya realizados, sino el beneficio que hubiera podido obtener de la obra.
11. El Código civil no distingue en función del carácter gratuito o retribuido del depósito y atribuye al depositante los gastos efectuados para la conservación de la cosa (art. 1779 CC).
12. No. En el Código civil la personalidad jurídica puede acompañar a la sociedad civil o no. Hay que atender a los criterios del artículo 1669 CC para determinar si cierta sociedad ostenta esa personalidad jurídica o no.

13. En el artículo 28 y siguientes de la Ley de arrendamientos rústicos.

14. El carácter usurario no puede afirmarse sin más en función del tipo de interés pactado. Conforme al artículo 1 de la Ley Azcárate, debe tratarse de «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Si las condiciones de mercado establecían como normal un interés del quince por ciento, no es usurario un interés del dieciocho.

15. No. La renta vitalicia debe supeditarse a la vida de personas físicas (arts. 1802 y 1803 CC), sin que se admita sobre personas jurídicas, pues de lo contrario podría tener una duración indefinida.

16. Aunque no lo explicita el artículo 1791 CC (que habla simplemente de la transmisión de un capital), es evidente que en el intercambio de prestaciones característico de este contrato cabe que el alimentista, a cambio de las prestaciones de vivienda, manutención y asistencia, adquiera la propiedad del capital transmitido.

17. El Código civil enumera casuísticamente una serie de cuestiones sobre las que no cabe transigir: acción pública para la imposición de una pena (art. 1813 CC); y estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros (art. 1814 CC). El convenio arbitral prevé una regla más general e indeterminada: no puede recaer sobre materias que no sean de libre disposición de las partes conforme a derecho (art. 2.1 LA).

