

# **DRET CIVIL II**

## **TEORIA GENERAL DEL CONTRACTE**

**RAFAEL VERDERA**

MATERIAL D'ÚS INTERN. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA. PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓ.

# TEORIA GENERAL DEL CONTRACTE

## **1. LA DELIMITACIÓ DEL CONTRACTE.**

- 1.1. Perspectiva històrica del dret de contractes.
- 1.2. Les fonts normatives del dret de contractes.
- 1.3. La delimitació normativa del concepte de contracte.
- 1.4. La configuració de la reglamentació contractual: el principi d'autonomia privada.
- 1.5. La configuració de la reglamentació contractual: les condicions generals de la contractació.
- 1.6. La configuració de la reglamentació contractual: les clàusules abusives.
- 1.7. Les classes de contractes.

## **2. ELS ELEMENTS DEL CONTRACTE.**

- 2.1. Qüestions generals.
- 2.2. La capacitat per a contractar.
- 2.3. El consentiment contractual.
- 2.4. La desconexió entre la voluntat i la declaració.
- 2.5. Els vicis en la formació del consentiment.
- 2.6. L'objecte del contracte.
- 2.7. La causa del contracte.
- 2.8. La forma del contracte.

## **3. FORMACIÓ DEL CONTRACTE.**

- 3.1. Preliminar.
- 3.2. La fase de preparació del contracte.
- 3.3. La responsabilitat pels tractes preliminars.
- 3.4. L'oferta contractual.
- 3.5. L'acceptació de l'oferta.
- 3.6. El moment de perfecció del contracte.
- 3.7. El lloc de perfecció del contracte.
- 3.8. El precontracte.

## **4. INTERPRETACIÓ, QUALIFICACIÓ I INTEGRACIÓ DEL CONTRACTE.**

- 4.1. Preliminar.
- 4.2. La interpretació del contracte.
- 4.3. La qualificació del contracte.
- 4.4. La integració del contracte.

## **5. L'EFICÀCIA DEL CONTRACTE.**

- 5.1. Preliminar.
- 5.2. L'eficàcia bàsica del contracte: la vinculació de les parts.
- 5.3. L'eficàcia bàsica del contracte: la relativitat del contracte.

- 5.4. L'eficàcia del contracte respecte als tercers.
- 5.5. El contracte a favor de tercer.
- 5.6. El contracte per a persona que es designarà.
- 5.7. Contracte amb promesa del fet d'un tercer.
- 5.8. El contracte en dany de tercer.
- 5.9. El subcontracte.
- 5.10. La cessió de contracte.

## **6. La ineficàcia del contracte.**

- 6.1. Preliminar: ineficàcia i invalidesa del contracte.
- 6.2. Els tipus d'ineficàcia: el tractament de la nul·litat i l'anul·labilitat en el Codi Civil espanyol.
- 6.3. La nul·litat del contracte.
- 6.4. L'anul·labilitat del contracte.
- 6.5. La rescissió del contracte.
- 6.6. La denúncia del contracte.
- 6.7. El mutu dissens contractual.

MATERIAL D'ÚS INTERN. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA. PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓ.

## **1. LA DELIMITACIÓ DEL CONTRACTE.**

### 1.1. Perspectiva històrica del dret de contractes.

Context històric del dret contractual en el Codi Civil espanyol.

Factors de transformació del dret contractual.

Un apunt econòmic sobre el contracte i el dret contractual.

### 1.2. Les fonts normatives del dret de contractes.

Codificació, descodificació i recodificació del dret contractual.

La internacionalització del dret dels contractes.

Abast de la jurisprudència en el dret contractual.

La identificació de la normativa aplicable en matèria contractual.

### 1.3. La delimitació normativa del concepte de contracte.

Criteris del Codi Civil en la configuració del contracte.

Revisió del concepte clàssic de contracte.

Conceptes jurídics de contracte.

Facetes de la noció jurídica de contracte.

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

La llibertat contractual.

La llei com a límit de la llibertat contractual.

La moral com a límit de la llibertat contractual.

L'ordre públic com a límit de la llibertat contractual.

L'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars.

Derogacions de la llibertat contractual.

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

Fonament de l'ús de les condicions generals de la contractació.

L'abast del control de transparència.

La delimitació de les condicions generals de la contractació.

Requisits d'incorporació de les condicions generals de la contractació.

La nul·litat de les condicions generals de la contractació.

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

Regles d'interpretació de les condicions generals de la contractació.

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

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

La delimitació de les clàusules abusives.

Efectes de la qualificació com abusiva d'una clàusula.

### 1.7. Les classes de contractes.

## **2. ELS ELEMENTS DEL CONTRACTE.**

### 2.1. Qüestions generals.

Sentit d'una part general dels contractes.

Funció de l'art. 1261 CC.

### 2.2. La capacitat per a contractar.

Els criteris normatius.

La capacitat contractual del menor.

La capacitat contractual dels que tenen modificada judicialment la seua capacitat.

Prohibicions legals i requisits especials de capacitat.

### 2.3. El consentiment contractual.

Significats del consentiment contractual.  
 Les formes de declaració de la voluntat.  
 La problemàtica de l'autocontractació.

2.4. La desconexió entre la voluntat i la declaració.  
 La relació entre la voluntat i la declaració.  
 Declaració iocandi causa o docendi causa.  
 Reserva mental.  
 Error obstatiu.  
 Simulació.

2.5. Els vicis en la formació del consentiment.  
 Plantejament general.  
 L'error com a vici del consentiment.  
 El dol com a vici del consentiment.  
 La intimidació com a vici del consentiment.  
 La violència com a vici del consentiment.

2.6. L'objecte del contracte.  
 El plantejament del Codi Civil sobre l'objecte del contracte.  
 Els requisits de l'objecte del contracte.  
 La possibilitat com a requisit de l'objecte del contracte.  
 La licitud com a requisit de l'objecte del contracte.  
 La determinació com a requisit de l'objecte del contracte.

2.7. La causa del contracte.  
 El plantejament del Codi Civil sobre la causa del contracte.  
 Teories doctrinals sobre la causa contractual.  
 Funcions de la causa del contracte.  
 Règim normatiu de la causa del contracte.  
 L'existència com a requisit de la causa del contracte.  
 La veracitat com a requisit de la causa del contracte.  
 La licitud com a requisit de la causa del contracte.  
 Els negocis abstractes.  
 Els negocis fiduciaris.  
 Els negocis indirectes.

2.8. La forma del contracte.  
 Significats de la forma.  
 Funcions de la forma contractual.  
 Règim jurídic de la forma del contracte en el Codi Civil.  
 Casos de forma ad solemnitatem.

### **3. FORMACIÓ DEL CONTRACTE.**

3.1. Preliminar  
 Les fases del contracte.  
 Contractes de formació instantània i de formació progressiva.

3.2. La fase de preparació del contracte.  
 Rellevància de la fase de preparació del contracte.  
 Deures de les parts en la fase de preparació del contracte.

3.3. La responsabilitat pels tractes preliminars.  
 La llibertat de no contractar com a regla general.  
 La responsabilitat per ruptura de tractes preliminars.

### 3.4. L'oferta contractual.

Delimitació de l'oferta contractual.

Requisits de l'oferta contractual.

L'oferta al públic.

La venda en pública subhasta.

### 3.5. L'acceptació de l'oferta.

Delimitació de l'acceptació de l'oferta contractual.

Requisits de l'acceptació de l'oferta contractual.

Formes d'expressió de l'acceptació.

Modificacions en l'oferta i acceptació.

Retirada de l'acceptació.

### 3.6. El moment de perfecció del contracte.

Identificació del moment de perfecció del contracte.

Perfecció simultània i perfecció successiva.

Moment de perfecció dels contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics.

Moment de perfecció dels contractes electrònics.

### 3.7. El lloc de perfecció del contracte.

Identificació del lloc de perfecció del contracte.

Lloc de perfecció dels contractes electrònics.

Rellevància del lloc de celebració del contracte en el règim contractual.

### 3.8. El precontracte.

Unitat de denominació, pluralitat de supòsits.

Problemes bàsics del precontracte.

Teories doctrinals sobre el precontracte.

Els criteris de la *Llei d'enjudiciament civil*.

### 3.9. El dret d'opció.

Delimitació del dret d'opció.

Estructura del dret d'opció.

Efectes del dret d'opció.

## 4. INTERPRETACIÓ, QUALIFICACIÓ I INTEGRACIÓ DEL CONTRACTE.

### 4.1. Preliminar

Relacions entre interpretació, qualificació i integració.

### 4.2. La interpretació del contracte.

Delimitació de la interpretació del contracte.

Interpretació subjectiva i interpretació objectiva.

Principis rectors de la interpretació contractual.

Regles sobre interpretació en el Codi Civil espanyol.

Condicions generals de la contractació i interpretació.

### 4.3. La qualificació del contracte.

Delimitació de la qualificació del contracte.

### 4.4. La integració del contracte.

Delimitació de la integració del contracte.

Autointegració i heterointegració: l'art. 1258 CC.

La bona fe com a criteri d'integració.

L'ús com a criteri d'integració.

La llei com a criteri d'integració.  
 La publicitat com a criteri d'integració.  
 Condicions generals, clàusules abusives i integració del contracte.  
 Les manifestacions i garanties contractuals.

## **5. L'EFICÀCIA DEL CONTRACTE.**

### 5.1. Preliminar.

L'eficàcia del contracte en el Codi Civil.  
 La necessitat d'una revisió de l'eficàcia del contracte.

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

Plantejament general.  
 Vinculació i irrevocabilitat contractual.

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

Plantejament general.  
 La identificació de les parts del contracte.  
 Adquisició de drets i condició de part.  
 Inoposabilitat d'excepcions derivades d'altres contractes.

### 5.4. L'eficàcia del contracte respecte als tercers.

La identificació dels tercers.  
 Eficàcia del contracte respecte de tercers.

### 5.5. El contracte a favor de tercer.

Delimitació del contracte a favor de tercer.  
 Relacions derivades del contracte a favor de tercer.

### 5.6. El contracte per a persona que es designarà.

Delimitació del contracte per a persona que es designarà.  
 Efectes del contracte per a persona que es designarà.

### 5.7. Contracte amb promesa del fet d'un tercer.

Delimitació del contracte amb promesa del fet d'un tercer.  
 Efectes de la promesa del fet tercer.

### 5.8. El contracte en dany de tercer.

Delimitació del contracte en dany de tercer.  
 Grups de casos de contractes en dany de tercer.

### 5.9. El subcontracte.

Delimitació del subcontracte.  
 Efectes del subcontracte.

### 5.10. La cessió de contracte.

Delimitació de la cessió del contracte.  
 Naturalesa jurídica de la cessió del contracte.  
 Efectes de la cessió del contracte.

## **6. LA INEFICÀCIA DEL CONTRACTE.**

### 6.1. Preliminar: ineficàcia i invalidesa del contracte.

Delimitació de la ineficàcia contractual: la seua relació amb la invalidesa.  
 Supòsits d'ineficàcia contractual.  
 Classes d'ineficàcia.

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

El plantejament de la ineficàcia en el Codi Civil espanyol i en la jurisprudència.

Les accions relatives a la ineficàcia: acció declarativa i acció restitutòria.

Nul·litat, anul·labilitat i remeis enfront de l'incompliment.

6.3. La nul·litat del contracte.

Delimitació de la nul·litat del contracte.

Les causes de nul·litat.

Règim jurídic de l'acció de nul·litat contractual.

Els efectes de la nul·litat contractual.

La nul·litat parcial del contracte.

L'anomenada inexistència contractual.

6.4. L'anul·labilitat del contracte.

Delimitació de l'anul·labilitat del contracte.

Les causes d'anul·labilitat del contracte.

Règim jurídic de l'acció d'anul·labilitat contractual.

Els efectes de l'anul·lació.

La confirmació del contracte anul·lable.

6.5. La rescissió del contracte.

Delimitació de la rescissió del contracte.

La rescissió per lesió.

La rescissió per frau.

Els caràcters de la rescissió.

Les causes de rescissió.

Règim jurídic de l'acció de rescissió.

Els efectes de la rescissió.

6.6. La denúncia del contracte.

Delimitació de la denúncia del contracte.

Exercici i efectes de la denúncia.

El desistiment com a mecanisme de protecció dels consumidors.

6.7. El mutu dissens contractual.

Delimitació del mutu dissens contractual.



## Introducció

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

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

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

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

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

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

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

Els elements del contracte són estudiats amb deteniment analitzant separadament la capacitat per a contractar, el consentiment, l'objecte, la causa i la forma. És important relacionar aquests elements amb l'eficàcia i la ineficàcia del contracte.

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

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

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

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

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

# 1. LA DELIMITACIÓ DEL CONTRACTE

## 1.1. Perspectiva històrica del dret de contractes.

**Context històric del dret contractual en el Codi Civil espanyol.** En un sentit històric cal ser conscients que, encara que aparentment les regles contractuals puguen no haver variat, les modificacions dels seus pressupòsits econòmics i socials determinen un substancial canvi de sistema.

Els pressupòsits sobre els quals es fonamenta el dret de contractes en el Codi Civil són:

- a) Un sistema econòmic basat en l'economia liberal i de mercat (*laissez faire, laissez passer*), amb una especial rellevància de les decisions individuals i de l'autonomia privada com a configuradores de les relacions juridicoeconòmiques.
- b) Un plantejament que afavoreix i reforça el predomini burgès tant en l'economia com en la societat. Es considera el contracte com un instrument adequat per a estendre la prevalença de la burgesia en el mercat de capitals i de treball (pensem, per exemple, en la preferència de l'amo sobre el criat domèstic que evidencia l'art. 1584 CC).
- c) Una concepció ideològica que pressuposa la igualtat de les parts contractants en el mercat. D'això deriva que el contracte es presente formalment com un acord entre iguals. S'ignoren les substancials desigualtats entre les parts i ni tan sols es planteja la possibilitat d'introduir correccions en el desequilibri entre les parts.

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

**Factors de transformació del dret contractual.** No obstant això, la realitat és ben diferent perquè no es pot desconèixer l'impacte de determinats factors, entre els quals cal triar els següents:

- a) La intervenció pública en el mercat constitueix un element que vol corregir el predomini absolut dels plantejaments liberals per donar resposta a les transformacions socials.

Com en altres aspectes de l'economia, els entusiastes de la intervenció i del mercat s'alternen cíclicament: en unes fases, es defensa el predomini del mercat en l'articulació de la contractació, i en altres es manté l'absoluta necessitat d'un

control públic d'aquest mercat. Probablement, no ens trobem davant d'un problema d'ingredients, sinó de dosi.

- b) La constatació del canvi de model econòmic i dels problemes que des del punt de vista de la competència es deriven de l'existència de monopolis i oligopolis.

El Codi Civil espanyol no es planteja la possibilitat que un operador econòmic ostente una posició dominant en el mercat, i no pot, doncs, entreveure com afecta aquesta situació al joc del mercat. Les conductes col·lusòries o l'abús de posició dominant, descrites en els art. 1 i 2 de la llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, no són per al Codi Civil situacions que meresquen ser especialment reprovades.

- c) El progrés de la tècnica facilita la producció massiva i de característiques homogènies.

Davant del model artesanal que presideix el Codi Civil espanyol, en el qual els béns són infungibles i s'afavoreix el compliment forçós davant del remei indemnitzatori, o que no regula les obligacions genèriques, les característiques de la producció actual exigeixen un sistema jurídic de finalitats diferents.

- d) La societat de consum produeix una massificació i estandardització de les relacions contractuals.

Justament una de les dades més significatives de l'actual model jurídic del dret de la contractació rau en l'àmplia i freqüentment confusa normativa de protecció dels consumidors i usuaris (art. 51 CE).

Són consumidors o usuaris “les persones físiques que actuen amb un propòsit aliè a la seua activitat comercial, empresarial, ofici o professió” i “les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuen sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial” (art. 3 TRLGDCU). Quan es tracta de contractes amb consumidors, amb caràcter general i sense perjudici d'altres previsions més específiques, es preveuen regles sobre informació prèvia al contracte (art. 60 TRLGDCU), pagaments addicionals (art. 60 bis TRLGDCU), càrrecs per la utilització de mitjans de pagament (art. 60 ter TRLGDCU), integració de l'oferta, promoció i publicitat en el contracte (art. 61 TRLGDCU), contingut del contracte (art. 62 TRLGDCU), necessitat de confirmació documental de la contractació realitzada (art. 63 TRLGDCU), documentació complementària en la compravenda d'habitatges (art. 64 TRLGDCU), criteris particulars sobre integració del contracte (art. 65 TRLGDCU), prohibició de la compareixença obligatòria del consumidor per a certs actes (art. 66 TRLGDCU), lliurament dels béns comprats mitjançant un contracte de venda (art. 66 bis TRLGDCU), transmissió del risc (art. 66 ter TRLGDCU), prohibició d'enviaments i subministraments no sol·licitats (art. 66 quater TRLGDCU) i uns criteris generals sobre la facultat de desistiment (arts. 68 i ss. TRLGDCU), entre altres extrems.

No es tracta només d'un problema de protecció dels consumidors, sinó que també incideix en la competència entre els empresaris. Cal tenir en compte l'abast de la clàusula general de deslleialtat competencial (art. 4 de la llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial) o el contingut dels arts. 19 i ss. d'aquesta llei (pràctiques comercials deslleials amb els consumidors: pràctiques enganyoses per confusió o sobre codis de conducta o altres distintius de qualitat, pràctiques cimbell i promocionals enganyoses, pràctiques enganyoses sobre la naturalesa i propietats dels béns o serveis, la seua disponibilitat o serveis postvenda,

pràctiques de venda piramidal, pràctiques agressives per coacció, per assetjament o per relació amb menors, etc.).

- e) Els avanços tecnològics afavoreixen noves formes de contractació que exigeixen respostes específiques.

Cal pensar en els casos de contractació electrònica (arts. 23 i ss. de la llei 34/2002, d'11 juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic) o la contractació automatitzada (arts. 49 i ss. de la llei 7/1996, de 15 gener, d'ordenació del comerç minorista).

L'art. 23.1 de la llei 34/2002 estableix que "els contractes celebrats per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic, quan concórreguen el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seua validesa". La contractació electrònica, entesa com la contractació efectuada per l'ús de mitjans informàtics per ambdues parts contractants implica indubtables avantatges (com l'abaratiment de costos, la facilitat i la comoditat de la contractació, l'augment d'ofertes i de competència, etc.), però també comporta inconvenients (falta de seguretat de les transaccions, identificació de la normativa aplicable i del tribunal competent, responsabilitat de les empreses "virtuals", etc.).

La contractació automatitzada, entesa com la contractació en què s'utilitzen màquines automàtiques com expenedores de béns o productes de consum, o de títols de legitimació de serveis, exigeix tenir en compte que es tracta de relacions contractuals despersonalitzades, amb prestacions absolutament fungibles o substituïbles, i amb un cert caràcter real del contracte. Per això, no és d'estranyar que en certs moments s'intentara separar del concepte tradicional de contracte amb l'elaboració de la categoria (avui abandonada) de les conductes socials típiques.

- f) La creixent importància de la globalització i internacionalització de les relacions econòmiques aconsella la superació d'una visió purament nacional del dret de contractes.

**Un apunt econòmic sobre el contracte i el dret contractual.** Tot i que el concepte econòmic de contracte no coincidisca exactament amb el seu sentit jurídic, el contracte apareix com un instrument fonamental per a l'adequada assignació i distribució dels recursos escassos. El mercat no és sinó una constel·lació de contractes. La funció del dret dels contractes en una economia de mercat ha de procurar la realització d'intercanvis entre els membres d'una societat i per a això ha de tendir a la reducció dels costos de planejar i executar intercanvis, és a dir, els costos de transacció.

Quines són les funcions que desenvolupa el dret contractual des d'aquesta perspectiva?

Entre altres, es poden assenyalar les següents:

- a) Permet la realització d'intercanvis entre agents econòmics que valoren els béns, serveis i drets de diferent manera.

- b) Permet reduir els costos de transacció i la incertesa proporcionant criteris supletoris o regles d'integració. Aquest aspecte es percep perfectament quan les parts recorren a un contracte típic per articular jurídicament el seu intercanvi econòmic.
- c) Transfereix riscos dels agents econòmics més adversos o exposats al risc cap a aquells menys adversos o exposats.
- d) Estableix mesures que desincentiven els incompliments ineficients.
- e) Resol problemes d'informació asimètrica derivada de situacions en què hi ha aspectes o coneixements ocults.
- f) Proporciona remeis adequats per a la reducció del cost total de les transaccions. Els costos de negociació o de previsió de contingències o riscos poden reduir-se.

D'acord amb la perspectiva econòmica, un acord ha de procurar utilitat a ambdues parts, llevat que una d'elles renunciï conscientment a fer valer les seues pròpies preferències. Des d'un punt de vista econòmic, el significatiu del contracte és que amb la seua conclusió ambdues parts obtenen avantatges d'aquest. Els contractes no són un joc de suma zero, en què l'avantatge d'una de les parts significa sempre, en la mateixa mesura, un desavantatge per a l'altra.

La celebració d'un contracte genera un excedent cooperatiu, és a dir, el valor que es crea en traslladar el recurs cap a l'ús que més el valora. Com ha explicat Jesús Alfaro, els intercanvis entre els individus d'una societat es produeixen voluntàriament quan creuen que el que obtenen és més d'allò que donen a canvi. Per això, l'intercanvi es produeix quan diferents persones valoren de forma diferent un bé, un servei o un dret. El perquè es dona aquesta diferent valoració radica en el fet que normalment una de les parts de l'intercanvi s'ha especialitzat en produir un bé o servei i, per tant, pot produir-lo a un menor cost que la part que l'adquireix. L'especialització permet reduir els costos de producció i contribueix al desenvolupament econòmic de la societat. Si no hi ha especialització, cada individu (o família) hauria de ser autosuficient.

Ara bé, com també indica Jesús Alfaro, l'especialització redueix els costos de producció i fomenta el desenvolupament econòmic d'una societat. Però no ho fa gratis: sorgeixen altres costos derivats de la necessitat de dur a terme els intercanvis.

Com més s'acosten les normes contractuals a la hipotètica voluntat de les parts, menys necessari serà modificar-les a través d'acords especials i majors seran els costos de transacció estalviats per aquestes normes.

Els costos de transacció són els costos necessaris perquè es produïska l'intercanvi: es tracta bàsicament de costos d'informació, de negociació i conclusió del contracte, i de supervisió del compliment, incloent en particular les regles aplicables per a la previsió de possibles incompliments de les parts. Evidentment, si els costos de transacció superen els beneficis que poden derivar-se del contracte, aquest no se celebrarà.

Els costos d'informació es deriven de la recerca i identificació dels agents que intervindran en el contracte i de la verificació de les qualitats de la cosa o objecte que volem adquirir. Els costos de negociació i conclusió inclouen els recursos emprats en la discussió i la redacció del conjunt de clàusules i les condicions dels contractes per a dur a terme les transaccions. Els costos de supervisió del compliment es refereixen a la necessitat d'assegurar el compliment d'allò que s'ha acordat i l'establiment de mecanismes de

protecció enfront de les conseqüències negatives de l'incompliment: es pretén assegurar que tot el valor intercanviat s'integre en el nostre patrimoni.

## 1.2. Les fonts normatives del dret de contractes.

**Codificació, descodificació i recodificació del dret contractual.** En el segle XIX podia afirmar-se amb una raonable seguretat que els elements necessaris per al complet coneixement del dret de la contractació eren compendiats en el Codi Civil i en el Codi de Comerç.

Tant el Codi Civil com el Codi de Comerç responen a una estructura similar: unes disposicions generals (arts. 1254-1314 CC i arts. 50-63 CCom); i unes regles específiques en funció de cada tipus de contracte.

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

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

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

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

**La internacionalització del dret dels contractes.** La internacionalització del dret dels contractes és conseqüència de la internacionalització dels mercats i dels intercanvis. N'és una bona prova l'aplicació pels nostres tribunals de les normes contingudes en el Conveni de Viena sobre compravenda internacional de

mercaderies (CV), que és dret vigent al nostre país. No obstant això, la seua transcendència no es limita als casos en què és aplicable, ja que els seus criteris respecte a qüestions sobre formació del contracte o responsabilitat per incompliment són utilitzats com a pautes inspiradores fins i tot quan no siguen estrictament d'aplicació.

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

Aquesta referència a l'actitud cada vegada més receptiva del nostre Tribunal Suprem en relació amb els models d'unificació internacional permet posar de relleu la importància que des de sempre ha tingut la jurisprudència en matèria de dret de la contractació.

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

Un àmbit en què el Tribunal Suprem ha actuat anticipant les solucions legals ha estat clarament el fenomen de l'atipicitat contractual, en què la jurisprudència ha contribuït a l'admissió de mecanismes jurídics que, més tard, han estat ratificats pel legislador (recordem, per exemple, el cas del contracte d'aparcament de vehicles). Queda encara un importantíssim panorama de contractes atípics en què la jurisprudència continua exercint una funció essencial, i afavoreix la renovació del dret de la contractació.

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

a) El problema clàssic deriva de la contraposició entre una normativa civil i una altra mercantil per a certs contractes. En general, el Codi de Comerç proporciona



elements per establir el respectiu àmbit d'aplicació (per exemple, arts. 244 -comissió--, 303 -dipòsit--, 311 -préstec--, 325 i 326 -compravenda--, 439 -fiança--, CCom, entre altres), tot i que cal assenyalar que part de la doctrina mercantil mostra la seua insatisfacció amb aquests criteris i propugna la qualificació com mercantils de tots els contractes d'empresa.

La proposta de codi mercantil considera mercantils els actes i contractes en què intervinga un operador del mercat (els empresaris, les persones físiques professionals i les persones jurídiques que exercisquen certes activitats) i el contingut principal pertanya a activitats empresarials o professionals; els actes i contractes que, per raó del seu objecte o del mercat en què se celebren, el Codi qualifica de mercantils, i els actes de competència en el mercat (art. 001-2 i 001-4).

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

b.1) L'Estatut dels Treballadors (Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la *Llei de l'estatut dels treballadors*) s'aplica a "els treballadors que voluntàriament presten els seus serveis retribuïts per compte d'altri i dins l'àmbit d'organització i direcció d'una altra persona, física o jurídica, denominada ocupador o empresari" (art. 1.1 ET). Però s'exclouen del seu àmbit d'aplicació la relació de servei dels funcionaris públics; les prestacions personals obligatòries; l'activitat que es limite, purament i simplement, al mer exercici del càrrec de conseller o membre dels òrgans d'administració en les empreses que tenen la forma jurídica de societat i sempre que la seua activitat en l'empresa només comporte la realització de funcions inherents a tal càrrec; els treballs realitzats a títol d'amistat, benevolència o bon veïnatge; els treballs familiars, llevat que es demostre la condició d'assalariats dels qui els duen a terme; l'activitat de les persones que intervinguen en operacions mercantils per compte d'un o més empresaris, sempre que estiguen obligats personalment a respondre del bon fi de l'operació assumint el risc i ventura d'aquesta, i, en general, tot treball que es fa en desenvolupament d'una relació diferent de la que defineix l'art. 1.1 ET (art. 1.3 ET).

Una figura diferent és la del treballador autònom: "persones físiques que realitzen de forma habitual, personal, directa, per compte propi i fora de l'àmbit de direcció i organització d'una altra persona, una activitat econòmica o professional a títol lucratiu, donen o no ocupació a treballadors per compte d'altri" (art.1.1 de la llei 20/2007, de 11 de juliol, de l'estatut del treball autònom). I s'han de tenir en compte les seues diferències amb el "treballador autònom econòmicament dependent": "aquells que realitzen una activitat econòmica o professional a títol lucratiu i de forma habitual, personal, directa i predominant per a una persona física o jurídica, denominada client, del qual depenen econòmicament per percebre d'ell, almenys, el 75 per cent dels seus ingressos per rendiments de treball i d'activitats econòmiques o professionals" (arts. 11 i ss. de la llei 20/2007).

Segons l'art. 2 de la llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social, els òrgans jurisdiccional de l'ordre social coneixen, entre altres, de les qüestions litigioses que es promoguen entre empresaris i treballadors com a conseqüència del contracte de treball i del contracte de posada a disposició, amb l'excepció del que disposa la llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal; i en l'exercici dels altres drets i obligacions en l'àmbit

de la relació de treball; i de les accions que puguin exercir els treballadors o els seus drethavents contra l'empresari o contra aquells a qui se'ls atribuisca legalment, convencionalment o contractualment responsabilitat pels danys originats en l'àmbit de la prestació de serveis o que tinguin la causa en accidents de treball o malalties professionals, inclosa l'acció directa contra l'asseguradora i sense perjudici de l'acció de repetició que poguera correspondre davant l'ordre competent. També són competents per a conèixer sobre les pretensions derivades del contracte subscrit entre un treballador autònom econòmicament dependent i el seu client (arts. 11 i ss. de la llei 20/2007).

b.2) Simplificadament, d'acord amb l'art. 2 de la llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, bàsicament són contractes del sector públic els contractes onerosos, qualsevol que siga la seua naturalesa jurídica, que subscriguen les entitats enumerades en l'art. 3. I s'entendrà que un contracte té caràcter oneros en els casos en què el contractista obtinga algun tipus de benefici econòmic, ja siga de manera directa o indirecta. Els arts. 4 i ss. estableixen una àmplia llista de negocis i relacions jurídiques excloses de l'aplicació de la llei 9/2017.

L'art. 24 de la llei 9/2017 admet que els contractes del sector públic poden tenir caràcter administratiu o caràcter privat. Són administratius els contractes d'obra, de concessió d'obra, de concessió de serveis, de subministrament i de serveis (amb certes excepcions), així com els contractes declarats així expressament per una llei, i aquells altres que tinguin naturalesa administrativa especial per estar vinculats al gir o tràfic específic de l'administració contractant o per satisfer de forma directa o immediata una finalitat pública de l'específica competència d'aquella (art. 25). Són privats els contractes diferents dels previstos en l'art. 25, i els celebrats per entitats del sector públic que sent poder adjudicador no reunisquen la condició d'administracions públiques o per entitats del sector públic que no reunisquen la condició de poder adjudicador (art. 26). L'ordre jurisdiccional civil serà el competent per a resoldre les controvèrsies que se susciten entre les parts en relació amb els efectes i extinció dels contractes privats de les entitats que tinguin la consideració de poders adjudicadors, siguen o no administracions públiques (amb certes excepcions); les qüestions referides a efectes i extinció dels contractes que celebren les entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poders adjudicadors, i les qüestions litigioses relatives al finançament privat del contracte de concessió d'obra pública o de concessió de serveis (art. 27.2).

### **1.3. La delimitació normativa del concepte de contracte.**

**Criteris del Codi Civil en la configuració del contracte.** El Codi Civil espanyol no ofereix un concepte de contracte, sia perquè no és funció del legislador proporcionar definicions, sia perquè se'n pressuposava el concepte i no es considerava necessari plasmar-lo en el Codi Civil.

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

- Art. 1089 CC, que esmenta el contracte entre les fonts de les obligacions.

- Art. 1091 CC, que estableix la vinculació contractual ("força de llei entre les parts contractants") i el deure d'observança de la reglamentació contractual (tradicionalment conegut com pacta sunt servanda: els pactes han de ser observats).

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

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

**Revisió del concepte clàssic de contracte.** Aquesta concepció clàssica s'ha de matisar, ja que no respon adequadament a una sèrie d'objeccions:

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

Per això, ha de ser assignat un valor relatiu a l'art. 1258 CC, quan indica que "els contractes es perfeccionen pel mer consentiment...". Cal interpretar aquest consentiment en el sentit de l'art. 1262 CC, és a dir, concurs de l'oferta i l'acceptació sobre la cosa i la causa.

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

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

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

**Conceptes jurídics de contracte.** Pot, d'altra banda, constatar-se que en la pràctica el concepte jurídic de contracte es presenta amb uns perfils tan diversos que es parla fins i tot de diversos conceptes de contracte:

- a) El contracte com a supraconcepte, entès com qualsevol acord de voluntats dirigit a produir conseqüències jurídiques (per exemple, tractats internacionals o convenis entre administracions públiques).
- b) El contracte com a concepte ampli, entès com qualsevol negoci jurídic bilateral de dret privat, siga o no d'abast patrimonial (per exemple, matrimoni o contracte successori).
- c) El contracte com a concepte estricte, entès com aquell negoci jurídic bilateral que incideix sobre relacions jurídiques de caràcter patrimonial, mitjançant la seua creació, la seua modificació o la seua extinció.

**Vessants de la noció jurídica de contracte.** Cal tenir en compte que la paraula contracte (igual que succeeix amb el mot "obligació") amaga un cert equívoc, ja que amb ella ens podem estar referint a qüestions diverses, encara que connexes:

- a) El contracte com a acte jurídic: acció dels interessats a la qual l'ordenament atribueix uns determinats efectes.
- b) El contracte com a norma: disciplina o reglamentació a la qual les parts sotmeten la seua conducta ("lex contractus").
- c) El contracte com a relació jurídica: situació en què queden les parts una vegada celebrat el contracte.

Ángel Carrasco ha subratllat que el contracte ocupa en el sistema del Codi Civil una posició paradoxal. Se subestima la importància del contracte en concebre'l com una més de les possibles fonts de les obligacions. Sota l'aparent neutralitat de la regulació general de l'obligació, la majoria de les seues regles només tenen sentit si es parteix del seu origen contractual. Abans de res, la rellevància del contracte es deriva de la seua importància estadística. Ni la llei, ni el fet injust tenen la flexibilitat suficient per a originar obligacions tan variades com les que preveu el Codi Civil. El testament sí que presenta aquesta flexibilitat, però és estadísticament menys freqüent, i la seua funció primordial és el repartiment d'actius mortis causa. Els casos d'obligacions testamentàries són marginals.

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

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

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

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

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

Les normes imperatives poden limitar la llibertat contractual d'una doble manera: a) mitjançant la prohibició de determinats pactes (per exemple, art. 1691 CC), o fins i tot, en ocasions, un cert tipus contractual (per exemple, art. 1654 CC, relatiu al contracte de subemfiteusi); b) mitjançant la imposició d'un cert contingut al contracte, de manera que els pactes pels quals es pretenga alterar aquest contingut legal hauran de considerar-se nuls (per exemple, durada mínima del contracte d'arrendament d'habitatge: art. 9 LAU).

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

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

El caràcter canviant es detecta en la valoració social de certes conductes. Pot pensar-se, per exemple, en els contractes sobre serveis sexuals, sobre gestació per substitució o sobre cessió d'òrgans.

**L'ordre públic com a límit de la llibertat contractual.** Es plantegen dificultats semblants quan es tracta de concretar quin abast té aquesta referència a l'ordre públic.

La noció d'ordre públic cobra una especial rellevància en l'àmbit del dret internacional privat (art. 12.3 CC) i en l'arbitratge [art. 41.1.f) LA].

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

La STS de 5 de febrer de 2002 va dir que "aquesta Sala té declarat, respecte a l'ordre públic, que està constituït pels principis jurídics, públics i privats, polítics, morals i econòmics, que són absolutament obligatoris per a la conservació de l'ordre social en el poble i en una època determinada (STS de 5 d'abril de 1966 i 31 de desembre de 1979), i d'una altra, una notable concepció de la doctrina científica aprecia com a tal els principis o directives que en cada moment informen les institucions jurídiques; així mateix, una moderna posició de la ciència jurídica assenyalava que l'ordre públic constitueix l'expressió que es dona a la funció dels principis generals del dret en l'àmbit de l'autonomia privada, consistent a limitar el seu desenvolupament en el que els vulnere, i que, bàsicament, avui han de tenir-se en compte com a integrants de l'ordre públic els drets fonamentals reconeguts en la Constitució. Respecte a l'ordre públic econòmic, un important parer doctrinal es refereix a aquesta figura com a conseqüència de la intervenció de l'estat en la vida econòmica, la qual es manifesta per mitjà de normes imperatives i dels principis bàsics de l'ordre econòmic, encara que no s'hagen traduït en normes d'aquella categoria, que han de limitar l'autonomia privada en el sentit que no pot desenvolupar-se en contra d'aquests; es defineix així l'ordre públic econòmic com el conjunt de regles obligatòries en les relacions contractuals relatives a l'organització econòmica, les relacions socials i l'economia interna dels contractes".

La STS de 5 de febrer de 2013 apel·la a l'ordre públic (especialment, el laboral) com a límit de la contractació privada en relació amb els contractes futbolístics dels menors d'edat: "el component axiològic que informa la tutela de l'interès superior del menor ha de contrastar amb els límits que presenta l'autonomia privada en aquesta pràctica de contractació dirigida a menors d'edat, especialment respecte de l'ordre públic que disposa l'art. 1255 CC. Aquest concepte fa referència als principis fonamentals i rectors que informen l'organització general de la comunitat, particularment d'aquelles matèries o àmbits compresos dins de l'ordre constitucional i que no poden quedar impeditos o vulnerats per pactes o contractes dels particulars, tot i que hi intervinga el mateix subjecte afectat".

En canvi, la STS de 8 de setembre de 2014 ha negat que la comercialització de participacions preferents siga contrària a l'ordre públic "des del moment en què el legislador ha previst l'existència de les participacions preferents, com a part dels recursos propis d'una entitat de crèdit, sempre que complisquen una sèrie de característiques. [...] una qüestió diferent és que per la forma en què van ser comercialitzades s'haguera pogut cometre algun abús que, als efectes de la validesa del negoci, poguera haver afavorit la seua contractació amb un vici del consentiment, com l'error".

En l'actualitat, l'ordre públic té una clara plasmació en els drets i principis consagrats constitucionalment. Des d'aquesta perspectiva, no són admissibles els pactes que vulnere la dignitat de la persona o els seus drets fonamentals. Per exemple, s'ha de reputar contrari a l'ordre públic un pacte que impose prestacions vexatòries (una persona accepta deixar-se colpejar per una altra, perquè aquesta controle els seus nervis) o que impose serveis de per vida [contracte d'esclavitud: STS (penal) de 30 de juny de 2000].

**L'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars.** Les anteriors consideracions condueixen a plantejar un problema de gran abast, com ara la determinació de l'eficàcia dels drets fonamentals en les

relacions entre particulars (també conegut com "Drittwirkung der Grundrechte").

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

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

Com es deia en l'ATC 1069/1987, de 30 de setembre, "és possible entendre que alguns drets fonamentals produeixen un cert grau d'eficàcia i que en aquest cas es troba el dret a no ser discriminat que estableix l'art. 14 CE, quan es tracta de les discriminacions típiques --per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o condició social--. No es pot dir el mateix quan es tracta de l'exercici de drets i accions en el qual no és possible trobar discriminació. Cap precepte, ni constitucional ni ordinari (excepte, de vegades, el principi de bona fe de l'art. 7 CC i la regla de comportament coherent en ell establerta, que ací estan en qüestió) obliga una persona a exercir els seus drets subjectius o les seues accions de forma idèntica davant de subjectes passius diferents, sense que, fora dels esmentats casos de bona fe o abús del dret, es puguin mesurar els mòbils que impulsen tal actuació. És clar, per exemple, que un creditor pot ser enèrgic enfront d'un deutor i no ser-ho enfront d'un altre, o reclamar promptament el deute d'un i condonar totalment o parcialment el d'un altre".

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

Bona prova d'això és la STC 177/1988, de 10 d'octubre: "certament l'art. 53.1 CE només estableix de manera expressa que els drets fonamentals vinculen els poders públics, però això no implica una exclusió absoluta d'altres possibles destinataris, atès que, com assenyala la STC 18/1984 [...] " en un estat social de dret no pot sostenir-se amb caràcter general que el titular d'aquests drets no ho siga en la vida social". D'ací que aquest Tribunal haja reconegut que els actes privats puguin lesionar els drets fonamentals i que en aquests supòsits els interessats poden accedir a la via d'empara si no obtenen la deguda protecció dels jutges i els tribunals als quals l'ordenament encomana la tutela general d'aquets. Les relacions entre particulars, si bé amb certes matisacions, no queden, doncs, excloses de l'àmbit d'aplicació del principi d'igualtat, i l'autonomia de les parts ha de respectar tant el principi constitucional de no discriminació com aquelles regles de rang constitucional o ordinari de les quals es derive la necessitat d'igualtat de tracte. No es pot oblidar que l'art. 1.1 CE propugna entre els valors superiors de l'ordenament jurídic la igualtat i que l'[art.] 9.2 encomana a tots els poders públics promoure les condicions perquè la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siga real i efectiva".

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

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

No es pot caure en el que es coneix com la "dictadura dels drets fonamentals". Com ha dit Jesús Alfaro, una societat lliure -i una economia de mercat- tenen com a correlat un sistema juridicoprivat basat en el fet que les decisions individuals no necessiten justificar-se. Les persones, en l'exercici de la seua autonomia individual, assumeixen voluntàriament limitacions dels seus drets en funció d'altres interessos, i aquestes limitacions no només són perfectament «constitucionals», sinó que constitueixen manifestacions evidents del dret al lliure desenvolupament de la personalitat, àmbit que l'estat no pot interferir injustificadament (art. 10.1 CE).

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

Aquesta conseqüència es deriva, com també apunta Jesús Alfaro, de la protecció de la intimitat i de la llibertat individual.

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

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

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

Ha indicat Rodrigo Bercovitz, en relació amb el principi d'igualtat, que tindrà un escàs marge d'incidència en els negocis a títol gratuït, excepte quan aquests puguen tenir un major abast social; també en el mer exercici dels drets; la seua incidència serà més gran en la contractació adreçada al públic en general (prestacions de béns i serveis), sobretot quan es tracte de contractació en matèries socialment importants o quan el subjecte discriminator tinga una posició totalment o parcialment dominant en el mercat o en la societat.

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

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

En un pla diferent, l'art. 512 CP tipifica penalment la conducta dels que "en l'exercici de les seues activitats professionals o empresarials deneguen a una persona una prestació a la qual tinga dret per raó de la seua ideologia, religió o creences, la seua pertinença a una ètnia, raça o



nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, per raons de gènere, malaltia o discapacitat ": la STS (penal) de 29 de setembre de 1998 condemna el titular d'un establiment de venda de cotxes que es va negar a vendre un vehicle a un negre aduïnt que era racista i que "*yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros*".

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

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

Així, per exemple, l'art. 10 de la llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, estableix que "els actes i les clàusules dels negocis jurídics que constitueixen o causen discriminació per raó de sexe es consideren nuls i sense efecte, i donaran lloc a responsabilitat a través d'un sistema de reparacions o indemnitzacions que siguin reals, efectives i proporcionades al perjudici sofert, així com, si és el cas, a través d'un sistema eficaç i dissuasiu de sancions que previnga les conductes discriminatòries".

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

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

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

La llei valenciana 2/2017, de 3 de febrer, per a la funció social de l'habitatge de la Comunitat Valenciana conté una estranya barreja de limitacions de la llibertat contractual en el seu art. 12. D'una banda, "la iniciació del procediment, judicial o extrajudicial, per a l'execució de les garanties hipotecàries que comporte l'extinció del contracte de compravenda per incompliment del propietari comprador, sempre que aquest es trobe en les circumstàncies d'emergència social afectades per procediments d'execució hipotecària i l'immoble siga el seu habitatge habitual i únic, implicarà la creació d'una nova obligació

entre l'entitat financera, la filial immobiliària o entitat de gestió d'actius que resulte adjudicatària de la rematada i el propietari comprador i deutor, i quedarà constituït el dret d'aquest últim de poder contractar un arrendament amb opció de compra que evite el llançament d'aquest habitatge". I, de l'altra, la llei preveu el preu base del contracte, la renda mensual de l'arrendament i la durada inicial del contracte d'arrendament.

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

**Fonament de l'ús de les condicions generals de la contractació.** La massificació i l'estandardització dels sistemes de producció han fet que aquests caràcters es projectaren al consum i afavoriren de forma gairebé inevitable que la contractació d'aquests béns s'articulava fonamentalment per mitjà de contractes d'adhesió o de condicions generals de la contractació.

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

- a) Redueix els costos de celebració i de regulació dels contractes.
- b) Afavoreix la divisió de tasques dins de l'organització empresarial i la coordinació entre els seus membres.
- c) Permet el càlcul anticipat del cost de producció dels béns i serveis empresarials.
- d) Més dubtosament, es diu també que contribueix a la creació de dret supletori i augmenta la seguretat jurídica, en la mesura que ofereixen una regulació més detallada dels contractes que la que proporciona el dret supletori.

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

És obvi que un bon funcionament del mercat exigeix que es duga a terme una elecció racional entre les diferents ofertes mitjançant un procés d'anàlisi i de comparació exhaustiva de tots els aspectes de totes les ofertes presents en el mercat (el que en economia es coneix com teoria de l'elecció racional). No obstant això, és també evident que els individus ni analitzen ni comparen de forma exhaustiva tots els aspectes de les ofertes: és més, molt freqüentment ni tan sols llegeixen tot el contingut de l'oferta. Hi ha diverses explicacions que justifiquen aquest comportament dels individus: d'una banda, els costos de recerca, avaluació i comparació de les diverses ofertes és massa alt en relació amb les expectatives de beneficis que proporciona aquesta activitat; i, d'altra banda, els individus tenen racionalitat limitada, i per això no actuen com a subjectes completament racionals. D'això es deriva que en la contractació, en què la potència de l'autonomia privada pressuposa que les parts es troben en condicions similars, es constata en realitat una asimetria informativa entre les parts que afecta el funcionament de l'autonomia

privada. Per això, el legislador ha d'intervenir per suplir aquest dèficit de funcionament de l'autonomia privada que es produeix quan s'estipulen condicions generals. Es constata en realitat una asimetria informativa entre les parts que afecta el funcionament de l'autonomia privada.

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

**L'abast del control de transparència.** A més dels possibles controls d'incorporació i de contingut, cal referir-se a l'anomenat control de transparència. De l'art. 4.2 de la directiva 93/13, es dedueix, malgrat no haver estat incorporat a la legislació espanyola, que no és viable un control de contingut de l'objecte principal del contracte ni de l'adequació entre el preu i la seua contraprestació, en l'àmbit de les condicions generals i clàusules predisposades. En canvi, aquest control de contingut és el que, en el marc dels contractes amb consumidors, permet eliminar les clàusules abusives com a causants d'un desequilibri, no en les contraprestacions sinó en els drets i obligacions de les parts. La idea bàsica que justifica aquesta exempció del control de contingut és el necessari respecte a la llibertat de preus en el marc d'una economia de mercat. El mateix art. 4.2 de la directiva permet, però, que les condicions generals o clàusules predisposades que afecten els elements essencials del contracte, puguen estar sotmeses a un control de transparència en exigir que la seua redacció siga clara i entenedora [arts. 5.5 i 7.b) LCGC i 6o TRLGDCU].

La STS de 9 de maig de 2013, sobre les denominades clàusules sòl en préstecs amb garantia hipotecària, efectua una aplicació d'aquest control de transparència. Atès que les clàusules sòl formen part inescindible del preu que ha de pagar el prestatari, defineixen l'objecte principal del contracte i haurien de quedar exemptes un control sobre el seu caràcter abusiu. Però la clàusula terra sí que pot ser sotmesa a control de transparència, que la sentència situa en un doble nivell. En primer lloc, un control inicial d'inclusió al contracte: la informació que es facilita ha de cobrir les exigències positives d'oportunitat real de coneixement per l'adherent i les negatives de no ser il·legibles, ambigües, fosques ni incomprensibles (art. 7 LCGC). En segon lloc, en relació amb contractes amb consumidors, es requereix que l'adherent conega o pugui conèixer amb senzillesa tant la càrrega econòmica que realment significa per a ell el contracte celebrat, és a dir, l'onerositat o sacrifici patrimonial realitzat a canvi de la prestació econòmica que es vol obtenir, com la càrrega jurídica d'aquest, és a dir, la definició clara de la seua posició jurídica tant en els pressupòsits o elements típics que configuren el contracte celebrat, com en l'assignació o distribució dels riscos de l'execució o desenvolupament d'aquest. Aquest control exigeix que la informació que es done permeti al consumidor veure que es tracta d'una clàusula que defineix l'objecte principal del contracte, que incideix o pot incidir en el contingut de la seua obligació de pagament i tenir un coneixement real i raonablement complet de com juga o pot jugar en l'economia del contracte.

La sentència conclou que les clàusules analitzades no són transparents perquè: a) falta informació suficientment clara sobre el fet que es tracta d'un element definitori de l'objecte principal del contracte; b) s'insereixen de manera conjunta amb les clàusules sostre i com aparent contraprestació d'aquestes; c) no hi ha simulacions d'escenaris diversos relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar; d) no hi ha informació prèvia clara i comprensible sobre el cost

comparatiu amb altres modalitats de préstec de la mateixa entitat –en cas que en tinga– o advertiment que a algun concret perfil de client no s'ofereixen, i e) se situen entre una aclaparadora quantitat de dades, entre les quals queden emmascarades i que dilueixen l'atenció del consumidor.

El Tribunal Suprem ha confirmat aquesta doctrina, entre altres, en la STS de 24 de març del 2015.

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

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

Aquesta és una de les raons que justifiquen la submissió de les condicions generals a control. La predisposició equival a redacció prèvia. Es tracta d'un concepte proper, però no plenament coincident amb el de "clàusula no negociada individualment", encara que en la realitat pràctica acostumen anar units.

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

La doctrina considera que aquest és el més discutible dels requisits, ja que queden fora del control de la llei les clàusules redactades per a un únic contracte. Es tracta d'una llei de condicions generals i no de clàusules predisposades.

La generalitat no s'ha d'entendre en sentit objectiu (que la condició s'haja estipulat almenys dues vegades), sinó subjectiu: n'hi ha prou que es done la simple finalitat d'incorporar la clàusula a una pluralitat de contractes.

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

El contracte imposat s'oposa al contracte negociat: una part contractual estableix i imposa les seues condicions i l'altra les accepta sense negociació. Expressat en forma vulgar significa un plantejament de "ho acceptes o ho deixes".

No es requereix una imposició expressa: n'hi ha prou que es demostre que la incorporació de les clàusules al contracte és imputable exclusivament a una de les parts. L'existència prèvia de condicions no vol dir sense més imposició, encara que després s'accepten íntegrament, sempre que hi haja una fase real de negociació.

Tots aquests elements s'han de donar cumulativament perquè pugua parlar-se de condicions generals. En sentit negatiu, són irrellevants qüestions formals com

l'autoria material de les clàusules, l'aparença externa o l'extensió. Per això, també un contracte manuscrit o molt breu pot quedar sotmès a l'àmbit d'aplicació de la llei de condicions generals de la contractació.

Quina és la diferència entre una clàusula predisposada i una condició general? Una clàusula predisposada no requereix que haja estat redactada per ser estipulada en una pluralitat de contractes, basta que haja estat preredactada per a un únic contracte. El cert és, però, que la majoria de clàusules predisposades es redacten per a ser estipulades en una pluralitat de contractes, de manera que en la majoria dels casos clàusula predisposada i condició general són termes equivalents.

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

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

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

La llei de condicions generals no s'aplica als contractes administratius, als contractes de treball, als de constitució de societats, als que regulen relacions familiars ni als contractes successoris. Tampoc s'aplica a les condicions generals que reflectisquen les disposicions o els principis dels convenis internacionals, ni les que estiguen regulades específicament per una disposició legal o administrativa de caràcter general i que siguen d'aplicació obligatòria per als contractants (art. 4 LCGC).

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

En canvi, per la simple existència de condicions generals de la contractació no hi ha un control de contingut: el legislador es conforma amb el fet que l'adherent pugua conèixer aquestes condicions generals, sense indagar sobre si són adequades o equilibrades.

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

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

Quan es tracta de contractes formalitzats en escriptura pública, pot sol·licitar-se al notari autoritzant que no transcriba les condicions generals de la contractació en les escriptures que atorgue i que se'n deixi constància en la matriu i s'incorpore com a annex. El notari ha de comprovar que els adherents tenen coneixement íntegre del seu contingut i que les accepten (art. 5.2 LCGC).

b) Requisits d'inclusió per als contractes no documentats per escrit. Quan el predisponent lliure un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda (per exemple, un tiquet de caixa), n'hi haurà prou que anuncie les condicions generals en un indret visible del lloc en què se celebra el negoci, que les inserisca en la documentació del contracte que se celebra, o que garantisca a l'adherent de qualsevol altra forma una possibilitat efectiva de conèixer la seua existència i contingut en el moment de la celebració (art. 5.3 LCGC). L'amplitud d'aquest últim supòsit pot diluir la protecció dels adherents.

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

Un requisit general d'incorporació és que les condicions generals estiguen redactades de manera transparent, clara, concreta i senzilla (art. 5.5 LCGC). Ara bé, la mateixa llei no resulta massa precisa quan estableix per a la contravenció d'aquesta exigència dues conseqüències diferents:

D'una banda, d'acord amb l'art. 6.2.i LCGC, els dubtes en la interpretació de les condicions generals fosques es resoldran a favor de l'adherent. Però, de l'altra, segons l'art. 7.b) LCGC, les condicions generals "il·legibles, ambigües, fosques i incomprensibles" no s'incorporen al contracte.

Donat el sentit de l'art. 5.5 LCGC i la seua localització sistemàtica, és preferible afirmar la no incorporació al contracte d'aquestes condicions generals.

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

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

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

Si s'observa amb detall, l'art. 8 LCGC no estableix supòsits de nul·litat de les condicions generals que no es deriven ja de l'aplicació d'altres criteris: contradicció amb norma imperativa o prohibitiva, o clàusula abusiva.

L'art. 8 LCGC prova que el control de contingut derivat de la simple existència de condicions generals de la contractació és inexistent.

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

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

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

La previsió legal no és massa rigorosa, ja que combina, sense distingir adequadament l'abast de cadascuna, la integració i la interpretació contractual.

La no incorporació de certes condicions generals significa unes conseqüències diferents de la declaració d'abusivitat. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha rebutjat que la declaració d'abusivitat d'una clàusula pugui significar que els tribunals puguin moderar el seu contingut, sense que haja quedat clar si és possible la integració del contracte d'acord amb les regles generals (art. 1258 CC). En canvi, si el que passa és que una condició general no s'incorpora al contracte (i sense entrar a valorar la seua possible abusivitat), llavors res no impedeix que aquesta qüestió siga integrada d'acord amb el que disposa l'art. 1258 CC (art. 10.2 LCGC).

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

- a) Prevalença de les condicions particulars del contracte sobre les condicions generals, tret que aquestes siguin més beneficioses per a l'adherent.
- b) Resolució a favor de l'adherent dels dubtes en la interpretació de les condicions generals.

- c) Aplicació supletòria de les regles d'interpretació del Codi Civil (és a dir, els arts. 1281-1289 CC).

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

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

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

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

Quines són les raons per les quals el legislador considera necessari efectuar un control de contingut dels contractes en què participen un empresari o un professional i un consumidor? La resposta tradicional es basa en el desequilibri en els poders de negociació d'empreses i consumidors o per les característiques de la forma de contractar amb consumidors (contractes d'adhesió, encara que aquest argument és extrapolable a tot contracte que continga condicions generals). La regulació comunitària posa l'accent en la distorsió que significa per a la competència en el mercat comú l'existència de regulacions diferents pel que fa als drets dels consumidors. Des d'un punt de vista econòmic, se subratlla l'asimetria informativa: com ha indicat Fernando Gómez, la manca d'informació dels consumidors es pot deure a fenòmens àmpliament coneguts en el comportament dels consumidors, com ara la racionalitat limitada (capacitat limitada per a adquirir i processar informació), l'excés d'optimisme, l'ús de l'heurística cognitiva [biaixos derivats del fenomen de "hindsight" (retrospectiva), excessiva confiança en la informació fàcilment disponible, excessiva representativitat de petites mostres, desconsideració excessiva d'esdeveniments futurs i incerts, etc.] i la ignorància racional (si adquirir informació és costós -encara que siga poc- per al consumidor, però tenir la informació no canviaria ni els termes de la transacció ni el seu ús futur, el consumidor pot racionalment sacrificar l'adquisició d'informació i ignorar la variable rellevant). Per això, els instruments del dret de consum poden incloure no només mesures d'increment de la informació, sinó també obligacions de revelació i d'estandardització i prevenció de l'engany i del frau.



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

Hi ha a més un corrent jurisprudencial, encara minoritari, que propugna l'aplicació de la protecció que es dispensa als consumidors pel que fa al contingut de les clàusules a altres categories d'adherents, com els professionals o les PIME.

No tots els elements d'un contracte (amb independència de la condició de les parts) que donen lloc a un desequilibri queden sotmesos a un control de contingut; no tots els aspectes d'un contracte entre un consumidor i un empresari queden tampoc sotmesos a aquest control.

Si la raó per la qual se sotmeten a control de contingut les clàusules es troba en la possibilitat d'abús per una de les parts del contracte (en la mera constatació d'un desequilibri), en principi es podria pensar que totes les clàusules d'un contracte (amb independència de la condició d'empresari o consumidor de cadascuna d'elles) s'haurien de sotmetre a aquest control, perquè totes són susceptibles de contenir una regulació abusiva. Des d'aquesta perspectiva, el que fa que una clàusula siga abusiva no és la seua naturalesa, sinó el seu contingut. Però aquest plantejament implica la negació de l'autonomia privada i de la llibertat contractual i justificaria una intervenció estatal en els intercanvis que demoliria els aspectes centrals del nostre dret privat.

Si la raó per la qual se sotmeten a control de contingut les clàusules es troba a més en la diferent posició que ocupen l'empresari i el consumidor en una relació contractual, es plantegen objeccions similars. D'una banda, cal explicar per què no s'estén la protecció a tots els supòsits en què es constata aquesta diferent posició entre les parts (és a dir, encara que les dues parts siguen consumidors o siguen empresaris o professionals). De l'altra, sotmetre a control de contingut tots els aspectes d'un contracte pel fet que concorren un empresari i un consumidor també afecta principis bàsics del nostre dret privat.

Per això, s'afegeix una precisió addicional i es considera que només han de ser objecte de control de contingut les clàusules que donen lloc a aquest abús (a aquest desequilibri) en els contractes entre empresaris o professionals i consumidors, quan a més no hagen estat objecte de negociació individual. D'aquesta manera, s'aconseguiria garantir la llibertat contractual de les parts en valorar les circumstàncies que envolten la celebració del contracte i en afavorir que el consentiment s'atorgue lliurement i voluntàriament.

Aquesta precisió addicional es revela adequada, però encara és insuficient: la negociació individual no assegura l'equilibri de la clàusula, ni garanteix la seua lliure acceptació pel contractant. El regateig pot donar lloc a una clàusula més favorable que la inicialment prevista, però substancialment pitjor a la d'altres alternatives. El que protegeix el consumidor no és la negociació, sinó, com recorda Jesús Alfaro, el funcionament (mínimament) transparent del mercat.

En conseqüència, s'afegeix una restricció ulterior: el control de contingut s'ha de referir a clàusules d'un contracte entre un empresari i un consumidor que creen un desequilibri, que no hagen estat objecte de negociació individual i que, a més, hagen estat predisposades per l'empresari i incorporades al contracte sense que el consumidor pugui influir sobre el seu contingut. D'això es deriva que, en realitat, el control de contingut es predica no tant de les clàusules abusives, sinó de les clàusules predisposades.

El que en un contracte negociat seria perfectament admissible es rebutja quan el contracte es compon de clàusules predisposades. La seua configuració unilateral per l'empresari implica que no es pugui apartar injustificadament dels criteris del dret dispositiu (que es converteix d'aquesta manera en el filtre per a enjudiciar la validesa de les clàusules predisposades). Respecte d'aquestes clàusules

predisposades l'autonomia privada no pot desenvolupar eficaçment la seua funció, i per això es fa un control del seu contingut.

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

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

L'enumeració legal posa de manifest la substancial superposició del concepte de clàusula no negociada individualment i el de condició general (de fet, la mateixa llei encapçala aquest capítol al·ludint confusament a condicions generals): només cal comparar els dos primers apartats de l'art. 80.1 TRLGDCU amb l'art. 5 LCGC.

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

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

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

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

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

Per exemple, a falta de prova per part de l'operador que la reactivació de la línia li ocasiona uns costos que ascendeixen a aquesta quantia, la imposició d'un pagament addicional de vint euros per la reactivació del servei suspès pel retard «uns dies» en el pagament d'una petita quantitat (trenta euros) ha de qualificar-se com pràctica abusiva en el que imposa al consumidor el pagament d'una indemnització desproporcionadament alta per l'incompliment de les seues obligacions.

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

La bona fe exigeix exercir el poder de predisposició de manera lleial i equitativa de manera que el predisponent no s'aprofite de la seua facultat d'imposició del contingut contractual, i que tinga en compte els interessos legítims de l'altra part. La contradicció amb la bona fe pot consistir a apartar-se de la regulació legal dispositiva sense altra raó que l'interès exclusiu del predisponent. A més, la bona fe exigeix no aprofitar-se del desconeixement típic de l'adherent del contingut de les condicions generals.

- d) La clàusula ha de causar en perjudici del consumidor i usuari un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte. La doctrina sol considerar que aquest desequilibri és fonamentalment un desequilibri jurídic, sense que l'abusivitat valore el contingut econòmic del contracte (la qual cosa és rellevant per a excloure, per exemple, l'abusivitat per l'adequació entre preu i prestació).
- e) L'abusivitat no s'ha de valorar analitzant aïlladament cada clàusula, sinó tenint en compte tot el contingut del contracte, la naturalesa dels béns o serveis objecte del contracte i totes les circumstàncies concurrents en el moment de la seua celebració (art. 82.3 TRLGDCU).

Per això, com diu Àngel Carrasco, l'abusivitat és un concepte relatiu i contextual. Així, per exemple, una clàusula de durada excessiva pot ser abusiva, però pot estar neutralitzada per una altra clàusula que permeta el desistiment sense al·legació de causa. I, al seu torn, s'haurà de valorar si hi ha una clàusula que impose una indemnització en cas de desistiment.

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

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

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

- a) Clàusules abusives perquè vinculen el contracte a la voluntat de l'empresari (art. 85 TRLGDCU).
- b) Clàusules abusives per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari (art. 86 TRLGDCU).
- c) Clàusules abusives per manca de reciprocitat (art. 87 TRLGDCU).
- d) Clàusules abusives sobre garanties (art. 88 TRLGDCU). L'art. 82.4 TRLGDCU parla de clàusules que imposen al consumidor i usuari garanties desproporcionades o li imposen indegudament la càrrega de la prova.
- e) Clàusules abusives que afecten el perfeccionament i execució del contracte (art. 89 TRLGDCU). L'art. 82.4 TRLGDCU necessita que han de ser clàusules que resulten desproporcionades en relació amb aquestes fases contractuals.
- f) Clàusules abusives sobre competència i dret aplicable (art. 90 TRLGDCU). També l'art. 82.4 TRLGDCU necessita que han de tractar-se de clàusules que contravinguen les regles sobre competència i dret aplicable.

La pràctica ofereix nombrosos exemples de possibles clàusules abusives, com exposa M. J. Marín. Per exemple, en contractes bancaris, han estat considerades abusives o nul·les la clàusula que imposa al client bancari totes les despeses derivades de l'eventual litigiositat del contracte; la clàusula que remet a tarifes i comissions exposades al tauler d'anuncis del banc; la clàusula d'exempció de responsabilitat de l'entitat emissora de la targeta en cas de pèrdua o sostracció de la targeta (de crèdit o de dèbit) abans que el seu titular en notifique la pèrdua; la clàusula que en un contracte de préstec permet el venciment anticipat del contracte per incompliment de qualsevol prestació del prestatari; la clàusula que després del venciment anticipat permet al banc reclamar totes les quotes pendents amb inclusió dels interessos remuneratoris, o la clàusula que prohibeix vendre la finca hipotecada; per contra, ha estat considerada vàlida la clàusula que en el contracte de préstec permet el venciment anticipat per l'impagament d'una sola de les quotes d'amortització.

En el contracte de transport, s'ha considerat pràctica abusiva sol·licitar el DNI als menors que viatgen per Espanya acompanyats pels pares; clàusula abusiva la que estableix la cancel·lació automàtica del bitllet de tornada si el passatger no ha fet servir el d'anada; o la que obliga el passatger a pagar 40 € per la impressió de la targeta d'embarcament al taulell de l'aeroport.

O en altres àmbits: clàusula que imposa a l'usuari de l'aparcament el pagament del dia complet en cas de pèrdua del tiquet; clàusula en contractes de manteniment d'ascensors que imposa una durada de 10 anys; o en contractes de telefonia mòbil que fixa un "compromís de permanència" de 12 mesos (amb decisions jurisprudencials diferents); o clàusula de limitació de responsabilitat per pèrdua o dany de la pel·lícula de revelatge, que es limita a decretar la substitució d'aquesta per una altra.

**Efectes de la qualificació d'una clàusula d'abusiva.** Quines són les conseqüències jurídiques de la qualificació d'una clàusula d'abusiva? Segons

l'art. 83.1 TRLGDCU, les clàusules abusives són nul·les de ple dret i es consideren no posades.

La nul·litat és de ple dret i pot ser apreciada d'ofici pels tribunals.

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

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

La STJUE de 14 de juny de 2012 (cas Banesto) va establir que el dret comunitari "s'oposa a una normativa d'un estat membre, com l'art. 83 TRLGDCU [en la versió original], que atribueix al jutge nacional, quan aquest declara la nul·litat d'una clàusula abusiva continguda en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, la facultat d'integrar el contracte modificant el contingut de la clàusula abusiva". La raó que justifica aquest criteri es troba en el fet que "si el jutge nacional tinguera la facultat de modificar el contingut de les clàusules abusives que figuren en aquests contractes, aquesta facultat podria posar en perill la consecució de l'objectiu a llarg termini previst en l'art. 7 de la directiva 93/13. En efecte, l'esmentada facultat contribuiria a eliminar l'efecte dissuasiu que exerceix sobre els professionals el fet que, purament i simplement, com clàusules abusives no s'apliquen enfront dels consumidors [...], en la mesura que els professionals es podrien veure temptats d'estipular clàusules abusives en saber que, tot i que arribara a declarar-se la nul·litat d'aquestes, el contracte podria ser integrat pel jutge nacional en el que fóra necessari, garantint d'aquesta manera l'interès d'aquests professionals".

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

L'ATJUE d'11 de juny de 2015 (cas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.) sembla donar un pas més: "1) Els arts. 6, apartat 1, i 7, apartat 1, de la directiva 93/13 / CEE [...] s'han d'interpretar en el sentit que no s'oposen a normes nacionals que prevegen la facultat de moderar els interessos moratoris en el marc d'un contracte de préstec hipotecari, sempre que l'aplicació d'aquestes normes nacionals no prejudge l'apreciació del caràcter «abusiu» de la clàusula sobre interessos moratoris per part del jutge nacional que conega d'un procediment d'execució hipotecària relacionat amb aquest contracte, i no impedisca que aquest mateix jutge deixi sense aplicar la clàusula en qüestió en el cas que arribi a la

conclusió que és «abusiva» en el sentit de l'art. 3, apartat 1, de la directiva". Per tant, sí s'admet una facultat judicial de moderació en determinades circumstàncies.

## 1.7. Les classes de contractes.

Els contractes es poden classificar tenint en compte una gran varietat de criteris distintius. No tots els criteris revesteixen la mateixa importància. La principal virtut d'aquestes classificacions rau en el fet que permet establir analogies i diferències entre els contractes i completar-ne de vegades el règim jurídic. Òbviament, els criteris de classificació no són excloents i d'un mateix contracte es poden predicar característiques diferents en funció del criteri que s'adopti. Farem ací tan sols una exposició clàssica i bàsica dels criteris de distinció més rellevants, sense entrar en un desenvolupament o matisació de cadascun d'aquests criteris.

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

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

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

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

L'art. 1274 CC planteja la possible existència d'un tercer tipus de contracte: els contractes remuneratoris, caracteritzats perquè es remunera un servei o benefici. Quant a la donació remuneratòria, diu l'art. 619 CC que "es també donació la que es fa a una persona pels seus mèrits o pels serveis prestats al donant, sempre que no constituïsquen deutes exigibles...". Però, en realitat, ens trobem en l'àmbit dels contractes gratuïts.

Com assenyala J. R. García Vicente, la causa remuneratòria significa la inclusió d'un motiu específic en la causa gratuïta que afectarà el règim del seu error o falsedat de manera especial, a diferència dels casos dels contractes gratuïts en els quals, llevat que s'haja fet esment de les circumstàncies singulars que expliquen la liberalitat (o siguin pressuposades i conegudes per les parts), se subjecten a un règim típic de causes de revocació. En el cas que siguin falsos els mèrits o inexistents els serveis que es remuneren hi haurà absència de causa i llavors nul·litat del contracte (art. 1261.3º CC). En l'error en els contractes gratuïts no hi ha cap raó per a protegir la confiança suscitada en el tercer.

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

**c) Per la incertesa sobre la relació d'equivalència.** Els contractes són **commutatius** quan la relació d'equivalència de les prestacions de les dues

parts és fixada prèviament de manera immodificable, i són **aleatoris** quan aquesta relació d'equivalència és fixada prèviament i rígidament: l'"alea" és volgut per les parts com a element essencial de la funció del contracte.

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

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

La rellevància de la distinció es constata no només en el diferent grau de vinculació de les parts (per exemple, si el comprador ha de pagar o no, tot i que la collita no haja donat els fruits esperats: vid. arts. 1 a 12 de la llei valenciana 3/2013, de 26 de juliol, de contractes i altres relacions jurídiques agràries), sinó també en la possible aplicació de la rescissió per lesió o de la doctrina de la clàusula rebus sic stantibus per alteració sobrevinguda de les circumstàncies del contracte. Es considera, d'una banda, que els contractes aleatoris no són susceptibles de rescissió per lesió (art. 621-46.2 CCCat; i llei 502.I FN); i que la clàusula rebus sic stantibus s'ha d'aplicar molt més restrictivament en cas de contractes aleatoris.

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

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

Encara que tradicionalment el paradigma ha estat el dels contractes per negociació, els contractes per adhesió, mitjançant el recurs a condicions generals de la contractació, són actualment el supòsit més freqüent.

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

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

En la mesura que tot contracte requereix ser manifestat d'alguna manera, tot contracte és formal. Però aquest qualificatiu es reserva per als supòsits en què l'ordenament assigna determinats efectes a la verificació de certs requisits quant a la forma de manifestació de les parts o de la celebració del contracte.

L'abast de les exigències formals depèn dels efectes que s'assignen a la seua verificació.

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

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

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

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

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

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

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

De vegades, l'atipicitat sorgeix mitjançant l'addició a un contracte típic de clàusules que són característiques d'altres contractes o que s'aparten de la seua finalitat típica: per exemple, arrendament amb opció de compra. O mitjançant la combinació en un únic contracte de prestacions característiques de diversos contractes: per exemple, el contracte d'allotjament (arrendament de cosa, prestació de serveis heterogenis, custòdia, etc.).

El problema fonamental que plantegen els contractes atípics és el de la determinació del règim jurídic que se'ls aplica. Caldrà atendre, en primer lloc, els pactes de les parts en exercici de la seua autonomia privada. Però inevitablement els pactes no ofereixen una resposta per a totes les qüestions que poden plantejar-se. Per això s'ha de recórrer a altres solucions. Pot acudir-se a l'analogia, és a dir, recórrer als criteris legals previstos per al contracte típic que més s'assembla al contracte atípic. Però en altres ocasions no serà possible remetre's en bloc a un sol contracte, sinó que s'hauran de tenir en compte les característiques de les diverses prestacions incloses en el contracte. La dificultat es planteja perquè no sempre serà fàcil determinar quin és el grau d'afinitat contractual que justifica l'analogia. Finalment, no es pot oblidar mai que segons un criteri jurisprudencial constant els contractes es qualifiquen pel seu veritable contingut i no per la denominació que les parts els hagen atribuït quan aquesta no coincideix amb aquell.



## 2. ELS ELEMENTS DEL CONTRACTE

### 2.1. Qüestions generals.

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

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

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

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

El diagnòstic de Ángel Carrasco sobre la regulació dels contractes particulars és molt aclaridor: entre els títols III i XIV del Llibre IV del Codi Civil es conté "la regulació dels contractes en particular. No de tots, ja que el nombre de contractes possibles és infinit, com suggereix l'art. 1255 CC, sinó dels que es consideraven típics en la cultura jurídica del segle XIX. No cal dir que la major part d'aquesta regulació és avui obsoleta, quan no directament derogada o caducada per simple 'desuetudo' social. La compravenda és el més important dels contractes. Però la meitat de la regulació de la compravenda en el Codi Civil no té aplicació pràctica actual. La regulació dels arrendaments de finques es troba en gran part expressa o tàcitament derogada en importants extrems. La permuta que es practica avui no és la que regula el Codi Civil. Del contracte de (arrendament de) serveis no sobreviu cap norma que haja aparegut en els últims cinquanta anys en un repertori jurisprudencial. Del contracte de (arrendament de) obra només la meitat dels preceptes (arts. 1592, 1593, 1594, 1596, 1597 i 1600) contenen regles utilitzables en controvèrsies reals del segle XXI entre comitents, contractistes i subcontractistes. La regulació del transport civil no té avui espai real d'aplicació. Els seixanta articles dedicats als censos estan tan fora d'ús que ni tan sols s'estudien a les escoles. La resta dels contractes regulats han estat sempre marginals en la seva importància, i ho són avui més. Només la societat civil (institució reviscuda, quan se la creia morta), la fiança, la transacció (amb reserves) i el mandat contenen normes que es corresponguin amb les necessitats i els conflictes jurídics del món d'avui. La regulació que fa el Codi Civil de la hipoteca és testimonial, i la normativa específica de la penyora dels arts. 1863 a 1873 es refereix a una modalitat de pignoració que avui no es practica".

**Funció de l'art. 1261 CC.** Quina és la funció de l'art. 1261 CC? En l'art. 1261 CC hi ha enumerats els "requisits essencials per a la validesa dels contractes" (com

diu la rúbrica del capítol II del títol II del Codi Civil). Segons aquesta norma, "no hi ha contracte sinó quan hi concorren els requisits següents: 1r Consentiment dels contractants. 2º Objecte cert que siga matèria del contracte. 3r Causa de l'obligació que s'establisca".

L'art. 1261 CC es formula de manera negativa ("no hi ha contracte..."), en lloc d'afirmar quins són els requisits que han de concórrer. Més rellevant és l'omissió pel Codi Civil del règim d'aquestes patologies: què passa quan falta algun d'aquests requisits? Els arts. 1300 i ss. CC pressuposen que aquests requisits sí que concorren ("els contractes en què concorrin els requisits que expressa l'art. 1261..."), de manera que aquests preceptes no ofereixen la resposta. Probablement el Codi Civil considera innecessari aquest règim perquè el "contracte" al que li falten aquests elements no mereix tal nom i no pot ser identificat com a contracte. Ara bé, com diu J.R. García Vicente, aquest contracte (inexistent o no reconeixible com a tal) pot haver desplegat alguna classe d'efectes o cobrar consistència capaç de construir una aparença en què els tercers puguin confiar legítimament, que obligarà a establir algun mecanisme per permetre que es revertisquen aquests efectes desplegats, mancats de raó de ser. Per això, sorgeix la controvèrsia sobre quin règim d'invalidesa dels previstos normativament ha de ser d'aplicació.

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

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

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

Els preceptes sobre forma (arts. 1278-1280 CC) estan situats en un capítol diferent al dels requisits essencials per a la validesa, i tenen com a rúbrica "de l'eficàcia dels contractes".

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

## 2.2. La capacitat per a contractar.

**Els criteris normatius.** En la mesura que el contracte constitueix una manifestació de l'autonomia privada, la capacitat per contractar es presenta com

un pressupòsit de validesa i d'eficàcia del contracte. No obstant això, malgrat la seva importància, no té una regulació adequada en el Codi Civil.

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

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

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

Cal tenir en compte que els arts. 61 i ss. de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, s'ocupen de la regulació dels casos en què el representant legal del menor o persona amb capacitat modificada judicialment o l'administrador d'un patrimoni protegit necessiti autorització o aprovació judicial per a la validesa d'actes de disposició, gravamen o altres que es referisquen als seus béns o drets o al patrimoni protegit. No es tracta òbviament d'actes realitzats pels menors o les persones amb capacitat modificada judicialment, o amb discapacitat, sinó pels seus representants legals (art. 166 i 271 CC) o per l'administrador d'un patrimoni protegit (art. 5 de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat), però que incideixen en el patrimoni d'aquells.

**La capacitat contractual del menor.** Pel que fa a la capacitat contractual del menor, és convenient comprendre els problemes subjacents a aquesta matèria. Les qüestions tradicionals han estat dos: a) què passa quan un menor que no té la capacitat legalment exigida celebra un contracte? Aquest contracte és vàlid o invàlid? I, si és invàlid, quin és el tipus d'invalidesa? b) fins on arriba la representació legal dels pares (per prendre en consideració el cas més freqüent) pel que fa als contractes dels fills? Poden els pares celebrar qualssevol contractes en nom dels seus fills? La jurisprudència havia ofert diversos criteris per abordar aquestes qüestions.

Pel que fa als contractes celebrats pels menors, la STS de 10 de juny de 1991 senti els criteris bàsics, però ho fa en analitzar un cas molt particular. Un menor va patir un greu accident en utilitzar un remuntador en una estació d'esquí. L'estació d'esquí es trobava en situació d'insolvència i no podia fer front a la indemnització. Però l'estació tenia subscrit una assegurança de responsabilitat civil per danys extracontractuals i el menor demanda a la companyia d'assegurances perquè li aboni la indemnització per l'accident. L'asseguradora es nega al·legant que la pòlissa només cobria danys extracontractuals i els danys se li havien produït el menor en el desenvolupament d'un contracte (de transport, com a conseqüència de l'adquisició del "forfet" de l'estació). El menor al·lega llavors que aquest contracte era invàlid perquè ho va celebrar essent menor. El Tribunal Suprem, que finalment condemna a la companyia d'assegurances amb base a altres arguments, indica que considerar que els menors d'edat no tenen capacitat d'obrar per celebrar certs contractes (en aquest cas, en una estació d'esquí), és una "tesi inacceptable per contrària als usos socials imperants en l'actualitat ja que és inqüestionable que els menors d'edat

no emancipats realitzen en la vida diària nombrosos contractes per accedir a llocs d'esbarjo i esplai o per a l'adquisició de determinats articles de consum, ja directament en establiments oberts al públic, ja per mitjà de màquines automàtiques, i fins i tot de transport en els serveis públics, sense que per això necessiti la presència immediata dels seus representants legals, s'ha d'entendre que es dona una declaració de voluntat tàcita d'aquests que impedeix que aquests contractes es puguin considerar inexistents, tenint en compte «la realitat social del temps en què han de ser aplicades (les normes), atenent fonamentalment a l'esperit i finalitat d'aquelles» (art. 3.1 CC), i sent la finalitat de les normes que sancionen amb la inexistència o anul·labilitat dels contractes celebrats pels menors, una finalitat protectora de l'interès d'aquests, és evident que en aquesta classe de contractes la mateixa es fa innecessària».

Pel que fa als contractes celebrats pels representants legals dels menors, el criteri és més recent (però també més qüestionable). En el cas abordat per la STS de 5 de febrer de 2013, els pares de Raúl Baena, que llavors tenia 13 anys, van celebrar en el seu nom amb el FC Barcelona un contracte de jugador no professional i, simultàniament, un precontracte de treball (de jugador professional) amb una clàusula de desistiment de 3.489.000 euros, que havia de fer-se efectiu en complir el jove els 18 anys d'edat. En complir el jugador la majoria d'edat, no arribant a un acord amb el FC Barcelona, va fitxar pel RCD Espanyol de Barcelona, davant la qual cosa el club blaugrana va reclamar el pagament de la clàusula penal pactada. El Tribunal Suprem declara la nul·litat del precontracte de treball celebrat pels pares en nom del menor, basant-se en els principis de protecció de l'interès superior del menor i del de lliure desenvolupament de la personalitat. També esmenta com a arguments, per justificar la seva decisió, l'ordre públic en matèria laboral i la cessió futura dels drets d'imatge del menor per quan siga, si escau, jugador professional.

Diu el Tribunal Suprem que "el component axiològic que nia a la tutela de l'interès superior del menor ve íntimament lligat al lliure desenvolupament de la seva personalitat (art. 10 CE), de manera que l'interès del menor en decidir sobre el seu futur professional constitueix una clara manifestació o pressupòsit del desenvolupament del seu lliure personalitat que no es pot veure impedida o menyscabada". Per això, "en aquest àmbit no és possible la representació, de la mateixa manera que tampoc poden ser subjectes obligats respecte de drets de tercers. L'adequació a l'interès superior del menor, per tant, se situa com el punt de partida i d'arribada en què ha de fundar tota activitat que es realitzi entorn tant a la defensa i protecció dels menors, com a la seva esfera del seu futur desenvolupament professional". La conseqüència és que "el poder de representació que ostenten els pares, que neix de la llei i que serveix a l'interès superior del menor, no es pot estendre a aquells àmbits que suposin una manifestació o pressupòsit del desenvolupament de la lliure personalitat del menor i que puguin realitzar-se per ell mateix, en cas que la decisió sobre el seu futur professional futbolístic que clarament pot materialitzar als 16 anys". Però llavors el problema és com articular la validesa d'aquests contractes (ja que el menor no pot contractar per si mateix, i s'exclou la representació dels pares). El Tribunal Suprem suggereix que "tampoc es pot descartar, en aquests casos, l'aplicació analògica de les limitacions imposades per l'art. 166 CC i, en conseqüència, la necessària autorització judicial com pressupòsit previ de la validesa d'aquests contractes. Així, i en el sentit de la tutela patrimonial que inspira aquest precepte, resulta congruent amb la finalitat perseguida requerir l'autorització judicial per a aquells actes que realitzats, sota la representació dels pares, vinculin obligacionalment el menor amb una responsabilitat patrimonial derivada de l'incompliment realment significativa, ni més ni menys que tres milions d'euros, més quan el precepte, en el paràgraf segon, preveu, amb similar filosofia, la necessitat de l'autorització judicial per a la repudiació d'herències, llegats i donacions efectuades en favor del menor". La solució, però, sembla poc operativa: no només per la progressiva freqüència de contractes d'aquestes característiques, sinó per la dificultat per al jutge en la valoració de les circumstàncies que més convenen al menor.

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

Si el menor està emancipat, l'art. 1263.1º CC el considera apte per prestar el consentiment contractual, però no poden oblidar-se les limitacions que estableix l'art. 323 CC, de manera que per "prendre diners a préstec, gravar o alienar béns

immobles i establiments mercantils o industrials o objectes d'extraordinari valor" es requereix el consentiment dels seus pares, i a falta d'ambdós, el del seu curador. La manca d'aquests consentiments complementaris determina l'anul·labilitat del contracte. En la resta de supòsits, el contracte del menor emancipat és plenament vàlid i eficaç.

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

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

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

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

- a) Contractes que les lleis els permetin realitzar per si mateixos o amb assistència dels seus representants. Aquesta previsió entronca amb l'actual redacció de l'art. 162.II.1º CC que exclou de la representació legal dels pares "els actes relatius a drets de la personalitat o altres que el fill, d'acord amb les lleis i amb les seves condicions de maduresa, pugui realitzar per si mateix". L'actual redacció de l'art. 162.II.1º CC és diferent: "els actes relatius als drets de la personalitat que el fill, d'acord amb la seva maduresa, pugui exercir per si mateix. No obstant això, els responsables parentals han d'intervenir en aquests casos en virtut dels seus deures de cura i assistència". Cal tenir en compte que l'art. 1263.1º CC es refereix (igual que l'art. 162.II.1º CC) a una intervenció dels pares no representativa: si representen al fill, no es pot parlar d'actuació del menor per si mateix.
- b) Contractes relatius a béns i serveis de la vida corrent propis de la seva edat de conformitat amb els usos socials. La solució consagrada per l'art. 1263.1º CC no exclou, però, els problemes interpretatius. Cal observar la concurrència d'un bon nombre de clàusules generals o indeterminades, a l'hora de precisar si el contracte realitzat pel menor no

emancipat és vàlid o no: "béns i serveis de la vida corrent", "propis de la seva edat" o "usos socials".

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

**La capacitat contractual dels que tenen modificada judicialment la seva capacitat.** Cal distingir en aquest punt tres situacions diferents: els incapacitats, els pròdigs i els concursats, ja que de tots ells pot predicar l'existència d'una resolució judicial que n'afecta la capacitat d'obrar.

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

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

Quant a la capacitat contractual dels pròdigs, hem de destacar que en la seva actual redacció sí que s'aplica als pròdigs l'art. 1263.2º CC, atès que la seva capacitat ha estat modificada judicialment. El pròdig està sotmès a curatela (art. 286.3º CC). La sentència que declari la prodigalitat ha de determinar els actes que el pròdig no pot fer sense el consentiment de la persona que l'ha d'assistir (art. 760.3 LEC) i aquest és també el criteri que consagra ara l'art. 1263.2º CC. La manca de consentiment del curador determina l'anul·labilitat de l'acte (art. 293 CC).

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

La legislació concursal distingeix en funció de si el concurs és voluntari o necessari, tot i que el jutge pot alterar aquests efectes. Si el concurs és voluntari,

el deutor conserva les facultats d'administració i disposició sobre el seu patrimoni, quedant sotmès l'exercici d'aquestes a la intervenció dels administradors concursals, mitjançant la seva autorització o conformitat. Si el concurs és necessari, se suspèn l'exercici pel deutor de les facultats d'administració i disposició sobre el seu patrimoni, i substituït pels administradors concursals. Els actes del deutor que infringisquen aquestes limitacions només poden ser anul·lats a instància de l'administració concursal i quan aquesta no els hagués convalidat o confirmat. Qualsevol creditor i qui haja estat part en la relació contractual afectada per la infracció pot requerir de l'administració concursal que es pronuncii sobre l'exercici de la corresponent acció o de la convalidació o confirmació de l'acte. L'acció d'anul·lació caduca, d'haver-se formulat el requeriment, quan es compleixca un mes des de la data d'aquest. En un altre cas, caduca amb el compliment del conveni pel deutor o, en el supòsit de liquidació, amb la finalització d'aquesta.

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

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

Exemples d'aquestes prohibicions poden veure en els arts. 1459 i 1677 CC. Així, l'advocat no pot comprar el bé que siga objecte d'un litigi en què intervingui per raó de la seva professió, però l'advocat pot comprar qualsevol altre bé o celebrar altres contractes sobre aquest bé.

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

Per exemple, per a ser donatari n'hi ha prou amb no estar especialment incapacitat per la llei per a això (art. 625 CC).

## 2.3. El consentiment contractual.

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

- a) La voluntat interna individual de cadascun dels contractants.
- b) La declaració emesa per cadascun dels contractants, i que permet conèixer-ne la voluntat.
- c) La voluntat o intenció comuna dels dos contractants. Si no hi ha aquesta zona de coincidència, hi ha dissens i no contracte.

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

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

Com indica J.R. García Vicente, qualsevol declaració de voluntat pot manifestar-se de diferents maneres, i tots ells tenen un valor equivalent, llevat que una norma expressament aculli un d'ells de manera exclusiva. Aquesta equivalència entre les diferents formes de manifestar la voluntat té un profund sentit pràctic: la realitat de les relacions econòmiques, la seva dinàmica més o menys informal i la confiança que se suscita en el seu desenvolupament, convida a no restringir les maneres de manifestació de la voluntat i a acceptar les conductes significatives. Per això són excepcionals les normes que exigeixen una manera "expressa" per manifestar la voluntat, i la seva seu comú són les normes que protegeixen a algun lloc contractual, com és el cas del Dret del consum.

Òbviament, les parts també poden acordar en el curs de la seva negociació que només seran rellevants aquelles manifestacions que es declari de determinada manera.

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

Una declaració de voluntat és tàcita quan es dedueix d'un comportament que sense estar dirigit necessàriament a expressar aquella voluntat, la pressuposa mitjançant fets conclouents ("facta concludentia").

L'art. 18.3 CV preveu un supòsit d'aquestes característiques: "si en virtut de l'oferta de pràctiques que les parts hagen establert entre elles o dels usos, el destinatari pot indicar la seva assentiment executant un acte relatiu, per exemple, a l'expedició de les mercaderies o al pagament del preu, sense comunicació a l'oferent, l'acceptació té efecte en el moment en què s'executi aquest acte...".



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

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

L'art. 18.1 del Conveni de Viena, sobre Compravenda internacional de mercaderies, indica que "el silenci o la inacció, per si sols, no constituïran acceptació". L'art. 41.2 de la Llei 7/1996, de 15 gener, d'ordenació del comerç minorista estableix, en relació amb les vendes a distància, que "en cap cas la falta de resposta a l'oferta de venda a distància es pot considerar com a acceptació d'aquesta". Una norma similar es conté per als contractes a distància en l'art. 101.1 TRLGDCU.

**La problemàtica de l'autocontractació.** Sabem ja que en tot contracte han de concórrer almenys dues parts (enteses com una o diverses persones o un conjunt de persones que polaritzen o agrupen diferents interessos jurídics). Com és evident, cada part expressa el seu propi consentiment contractual. El problema que es planteja amb l'anomenada autocontractació és determinar si és admissible que aquests consentiments contractuals (tants com parts) siguin emesos per una mateixa persona, que actua en el seu cas com a representant d'una altra part o d'altres parts.

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

Òbviament, com assenyala J.R. García Vicente, el problema principal és la possible posposició dels interessos del principal (o representat) pel representant, que preferirà satisfer el seu interès propi a l'interès aliè que representa. Per això, el rellevant és el risc de parcialitat en raó de la incompatibilitat dels interessos contraposats, pròpia dels contractes onerosos.

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

Això exigeix diferenciar diverses situacions:

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

Així passarà en les operacions que es refereixen a béns el preu no pot ser modificat pel representant: és irrellevant que el contracte siga celebrat pel representant, pel representat o per un tercer.

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

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

## 2.4. La desconexió entre la voluntat i la declaració.

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

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

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

El Tribunal Suprem ha declarat que la regla general serà la prevalença de la voluntat real sobre la declarada, per inferir així dels arts. 1265 i 1288 CC, tot i que estableix una sèrie d'excepcions o restriccions a aquest principi a favor de la declaració. S'exigeix que perquè siga decisiva la voluntat declarada: 1r que la divergència siga provada per qui l'afirma, ja que si no es prova, el Dret considera la voluntat declarada com coincident amb la real; 2n que quan la disconformitat siga imputable al declarant, per ser maliciosa o haver pogut

ser evitada amb l'ocupació d'una major diligència, existint alhora bona fe en l'altra part, s'ha d'atribuir ple efecte a la declaració, en virtut dels principis de responsabilitat i de protecció de la "bona fides" i a la seguretat del comerç jurídic, que s'oposen a que pugui ser tutelada la voluntat real quan és viciosa, ja que pugui ser al·legada la ineficàcia del negoci per la part mateixa que és culpable d'haver-la produït (STS de 23 de maig de 1935 i 27 d'octubre de 1951).

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

| SUPÒSIT   | CARÀCTERS  |             |
|---|------------|-------------|
| <b>Declaració "iocandi causa" o "docendi causa"</b> | unilateral | conscient   |
| <b>Reserva mental</b>                               | unilateral | conscient   |
| <b>error obstatiu</b>                               | unilateral | inconscient |
| <b>simulació</b>                                    | bilateral  | conscient   |

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

Es tracta dels supòsits dels casos plantejats en les aules universitàries com a exemples, o les situacions manifestament jocosos.

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

Cal en ocasions extremar la prudència. La STS de 24 de juliol de 1989 va considerar que existia cessió de drets sobre un bitllet (premiat) de loteria, perquè, després d'una nit festiva, es va signar un document amb el següent contingut literal: "*n.º 55.793 Loteria nacional.- El gachó que exhibe el presente aforó la cantidad de mil legañas pa que se endine la «tosta» u sease una pasta mu gansa pa en el caso de que los guarismos indicaos al frontis sean agraciados en el sorte de la lote del día 21 de diciembre de 1984. Son mil chulas*". Segons el Tribunal Suprem, "el consentiment «iocandi causa» només revela la inexistència del contracte quan d'ell es desprenen la manca d'objecte cert que siga matèria del mateix o la manca de causa de l'obligació que s'establisca, res de tot això es dona en el present cas, en el que el bon humor en la forma, com a mostra d'alegria i complaença i fins i tot del dubte o esperança sobre la bona sort que haja d'acompanyar els contractants en el joc de la loteria, en res vaig començar a la serietat del contracte".

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

La qüestió de la reserva mental tendeix a relacionar-se amb l'ocultació dolosa de certs extrems pel prenedor en el contracte d'assegurança ("totes les circumstàncies per ell conegudes que puguin influir en la valoració del risc": art. 10 LCS).

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

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

Diu la STS de 13 de juliol de 2012 que "en l'error obstatiu hi ha una manca de voluntat, perquè o bé no es volia declarar i es va fer, o bé es produeix un lapsus que dona lloc a una discrepància entre la voluntat interna i la seva declaració". I assenyalava la STS de 25 de febrer de 1995 que va ésser un error "no influent en la formació de la voluntat sinó amb efectes en la declaració i transmissió de la mateixa, que no es va correspondre amb la realment existent".

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

Segons la STS de 22 de desembre de 1999, "el error obstatiu és un cas de falta de coincidència entre voluntat i declaració, en el negoci jurídic, amb la característica que tal desacord és inconscient i, com a conseqüència, exclou la voluntat interna real i fa que el negoci jurídic siga inexistent. Cal no oblidar [...] que es va produir aquesta divergència i que, tot i que sí que es va declarar, mai es va voler, mai va haver voluntat de vendre i comprar la finca núm.... ocupada per les oficines del «Banc Bilbao Biscaia», com a arrendatari".

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

Com indica M.J. Marín, aquesta divergència pot afectar els subjectes (persona interposada, testafarro), l'objecte (es diu que es compra el pis X, i es vol comprar el pis I), o, el que és més comú, la causa (es diu que es ven, i veritablement es dona).

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

Com ressalta J.R. García Vicente, el problema essencial de la simulació contractual fa al seu règim d'ineficàcia (encara que en sentit estricte no hi ha una contundent prohibició de celebrar contractes simulats) i deriva del seu coincidència amb els casos de perjudici als interessos de tercers o amb la finalitat d'eludir la vigència de normes imperatives, el que suscita en no poques ocasions controvèrsies sobre la seva acumulació o compatibilitat amb les accions rescissòries per frau de creditors.

La simulació es compon dels elements següents:

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

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

Els possibles casos de simulació són molt variats.

Per exemple, un pare amb males relacions amb els seus fills vol donar un important paquet d'accions (que és gairebé tot el seu patrimoni) al seu jove amant. Per evitar les restriccions derivades de la protecció de la legítima successòria, simula amb el seu amant la venda de les seves accions per un preu que manifesta rebut amb anterioritat. Qui i sota quines condicions pot atacar la venda de les accions? Poden fer-ho els fills perjudicats? Pot fer-ho el pare, si el seu jove amant l'abandona, després de rebre les accions? I, si es demostra la ineficàcia de la venda, és vàlida la transmissió com a donació?

Per exemple, una persona que necessita amb urgència diners pacta amb un prestador la venda del seu pis. S'acorda que si, en el termini d'un any, el venedor inicial pot restituir el preu, més uns substanciosos interessos, el comprador li revindrà seu pis. Si el venedor inicial no aconsegueix els diners, el comprador farà seu definitivament el pis. Les parts no volen una venda, sinó un préstec amb una garantia de suficient intensitat. Si el pis perd gran part del seu valor, pot el prestador-comprador impugnar la venda i reclamar el préstec?

Per exemple, per evitar que el seu pis siga embargat pels seus creditors, es ven aquest pis a una persona de confiança i es pacta un arrendament a favor del venedor. El venedor no es vol desprendre del pis i no paga cap renda al seu amic. Poden els creditors impugnar el negoci? Pot fer-ho el venedor si, superades les seves dificultats econòmiques, el comprador es nega, a restituir el pis?

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

a) La simulació absoluta significa la creació de l'aparença d'un contracte quan, en realitat, les parts no volien cap negoci. El contracte celebrat és una pura aparença, una simple ficció.

Per exemple, en la STS de 14 de novembre de 2008 es considera simulat absolutament un contracte de compravenda de 1982 en el qual el preu es confessava rebut amb anterioritat (però no s'acreditava com i a qui s'havia pagat) i en el que l'immoble venut havia romàs ocupat pels venedors, sense que els compradors haguessin exigit mai el lliurament de la possessió. O en la STS de 18 de març de 2008 es va qualificar de la mateixa manera una compravenda celebrada "entre persones que mantenien una situació de convivència, el que va determinar que el" venedor "continués habitant en tot moment l'immoble objecte de la compravenda; es va fixar un preu 3.600.000 pessetes- que no es corresponia amb el d'una parcel·la amb xalet edificat en una zona turística, i, a més, no consta que el mateix fos pagat".

b) La simulació relativa implica la realització aparent d'un contracte, tot i que les parts en vulguen i duguen a terme en realitat un altre de diferent. En aquesta hipòtesi, es planteja el problema de determinar si aquest altre contracte (el dissimulat) és vàlid o no.

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

Quant al règim jurídic de l'acció de simulació, hem d'analitzar diferents aspectes.

Cal tenir en compte que, en moltes ocasions, en els litigis no es delimiten adequadament les diferències entre la simulació i la causa il·lícita, o el frau de creditors, o altres negocis anòmals, com els fiduciaris. Per això, la jurisprudència no ofereix un agafador segur per a la identificació de la figura.

La legitimació activa correspon a les parts del contracte simulat o als seus hereus, així com als interessats en destruir l'aparença del contracte simulat (és a dir, qualsevol tercer que tingui una relació directa amb el contracte o amb els efectes que haja desplegat o pugui desplegar: s'exigeix que siga titular d'un interès legítim). Ara bé, en cas de simulació relativa, les parts no poden sol·licitar la nul·litat del contracte dissimulat, llevat que siga nul "per se".

No es pot al·legar la doctrina dels actes propis, perquè es pretén que prevalgui la realitat enfront de l'aparença.

No s'aplica, per a excloure la possible impugnació, la doctrina dels actes propis com a mínim entre els mateixos contractants perquè, com a conseqüència de l'acord simulatori, no es va suscitar confiança legítima alguna de protegir (que és la raó última de tal doctrina).

Pel que fa a la legitimació passiva, l'acció s'ha de dirigir contra els que han intervingut en el contracte simulat, o deriven efectes del mateix.

Pel que fa al termini d'exercici, l'acció és imprescriptible i no està subjecta a caducitat. En ser imprescriptible, la determinació del "dies a quo" és irrellevant. Pot formular-se en reconvençió, i també es pot oposar com a excepció

La prova de la simulació ha de ser aportada per qui l'al·lega. Normalment s'ha d'acreditar mitjançant indicis, encara que en ocasions la dificultat de prova es supera amb l'aportació de la contradecoració (l'acord simulatori) dels contractants.

Alguns indicis que la jurisprudència considera rellevants: la relació de parentiu entre les parts; la manca de pagament del preu; o la permanència del venedor en l'immoble venut.

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

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

pública de donació, i no és suficient a aquests efectes l'escriptura pública de compravenda: STS d'11 de gener de 2007, 26 de febrer de 2007 i 21 de desembre del 2009.

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

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

## 2.5. Els vicis en la formació del consentiment.

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

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

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

La conclusió és, doncs, molt clara: no tot defecte en la formació de la voluntat determina la ineficàcia del contracte. D'una banda, el legislador selecciona una sèrie de supòsits (error, violència, intimidació i dol: art. 1265 CC); però, de l'altra, exigeix la concurrència de certs requisits perquè aquests supòsits siguin invalidatoris. En el fons, el plantejament legislatiu és absolutament assenyat i demostra la conveniència de prendre en consideració diversos factors: la importància del defecte en la decisió de contractar, el comportament de qui pateix el vici, i el comportament de qui no pateix aquest vici.

Com assenyala J.R. García Vicente, en la regulació dels vicis de voluntat (arts. 1265-1270 CC) es debaten les "regles de joc mínimes del Dret de contractes", és a dir, en quines condicions pot exigir-se la vinculació o la força de llei de les promeses perquè hi ha una decisió lliure i conscient que les sustenta, que és la justificació última de la vinculació. Les regles sobre els vicis del consentiment pretenen protegir la llibertat de decisió del contractant, apèndix de la seva més àmplia llibertat contractual. En particular en l'error i el dol es afecta la "llibertat de saber" i en la violència i la intimidació a la "llibertat de voler". El que importa és tutelar el procediment de formació de la voluntat i no els resultats que aquesta llanci, de manera que la frustració de certes expectatives o la celebració de mals negocis està fora del seu àmbit. Són regles mínimes de manera que els casos de les zones grises no mereixen la mateixa resposta; són, podria dir-se, riscos propis del sistema, de manera que hi ha certes restriccions admissibles a la llibertat i consciència de les decisions contractuals i per això els contractes que les suporten no han de ser invalidats. En alguns casos, singularment en l'error, pot fins i tot enfocar el seu efecte sobre el contracte com una manera de distribuir els riscos d'una informació defectuosa (o de la seva simple absència) sobre els fets i circumstàncies rellevants per a contractar. En sentit propi la noció de vici de la voluntat no és més que un criteri que agrupa els vicis, però que no té unitat interna: ni sempre es protegeix la voluntat de la mateixa manera ni la voluntat preval en tots els casos. Per això, la conclusió a la qual arriba J.R. García Vicente és que, si la protecció que proporcionen les normes sobre vicis de la voluntat és un "mínim", s'ha d'admetre un marge de pressions negocials lícites o d'omissions informatives, més encara en la nostra societat competitiva, i no cap ratllar simplement de conductes contràries a la moral o ètica imperants. L'objecte de les normes sobre vicis no ha de ser impedir l'aprofitament de tota situació de debilitat del proïsme, malgrat la seva possible immoralitat, perquè la debilitat i desigualtat en els poders de negociació dels contractants formen el substrat econòmic del Dret de contractes contemporani.

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

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

Com a conseqüència d'això, s'han replantejat moltes de les qüestions bàsiques d'aquesta doctrina, com els requisits exigibles, la legitimació en cas de defunció, el "dies a quo" de l'acció, la seva submissió a prescripció o caducitat, els efectes de la venda voluntària dels productes financers, etc.

Analitzem a continuació els diferents supòsits de vicis del consentiment que preveu el nostre Codi Civil.

No recull el nostre Codi Civil altres supòsits com l'anul·lació per obtenció d'un benefici excessiu o avantatge injust en situacions de dependència, relacions de confiança,



dificultats econòmiques o urgència, imprevisió o falta d'experiència, ni tampoc l'anomenat terror ambiental.

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

Des d'aquesta perspectiva, l'error és un mecanisme per administrar el risc que les parts negociïn a partir d'informació defectuosa. Pot passar que les dues parts ignorin la inexactitud de la informació, i llavors cal determinar què esdevé amb el contracte celebrat. La rellevància de l'error no requereix que hi haja mala fe per una de les parts.

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

Indica J.R. García Vicente que els casos més comuns d'error són els errors sobre les qualitats físiques i econòmiques de l'objecte del contracte (utilitat, rendiment, característiques, existència de passius ocults) o sobre les seves condicions jurídiques (titulació, edificabilitat, existència de llicències) el que condueix en no poques ocasions al seu concurrència amb pretensions pròpies de la responsabilitat contractual en sentit ampli, siguen les generals, siguen les específiques previstes per al contracte de compravenda, les accions edilícies o la rescissòria per gravàmens ocults, o les previstes en la Llei del Sòl i Rehabilitació Urbana.

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

- a) **Essencialitat:** l'error ha d'haver determinat la voluntat del contractant que el pateix (art. 1266 CC).
- b) **Excusabilitat:** el contractant que pateix l'error ha d'actuar diligentment. Si el contractant incorre en error per la seva pròpia negligència, l'error és inexcusable.
- c) **Recognoscibilitat:** l'error ha de poder ser reconegut per l'altra part contractant fent servir una diligència normal. S'exigeix en qui no pateix l'error una actuació digna de tutela en el desenvolupament del contracte.

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

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

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

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

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

La STS de 21 de desembre de 2009, en relació amb un supòsit en què es pretenia adquirir un hotel (que després es descobreix afectat per una greu aluminosi) i s'adquireix mitjançant compra de totes les accions de la societat propietària de l'hotel, diu que "la societat demandant va voler explotar un hotel i, d'entre les diverses opcions jurídiques per a això (compravenda, arrendament, usdefruit, etc.) va triar una, que va ser l'adquisició de la societat que era propietària del mateix. No pretengui ara, convertir el seu negoci jurídic de compra de les accions d'una societat, en el negoci jurídic de compra d'un immoble que era, entre altres coses, propietat de la societat. I això és el que ha fet la sentència recorreguda: ha valorat el mòbil, l'ha elevat a la categoria de causa i ha entès que la compravenda no era d'accions, sinó d'un hotel, sense aclarir el que passava amb els altres elements que no eren hotel. I, llevat dels casos excepcionals en què el mòbil s'integra en la funció objectiva del negoci jurídic, cas del mòbil causalitzat, el mòbil subjectiu és intrascendent per al Dret; així ho va dir expressament i ara es reitera, la sentència d'1 d'abril de 1998 a aquests termes: "El mòbil subjectiu és, en principi, una realitat extranegocial, llevat que les parts ho incorporin al negoci com una clàusula o com una condició [...] No obstant això, es pot donar el cas que el mòbil s'incorpori a la causa - és el mòbil causalitzat-- i tingui transcendència com a tal element del negoci jurídic". En aquest cas, simplement es va celebrar un contracte de compravenda de totes les accions d'una societat i simplement es va indicar que es comprava per a la finalitat d'explotar un hotel, però no es va comprar aquest, sinó la societat propietària de l'hotel".

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

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

Per exemple, acord amb Antonio López que em faci un retrat per 500.000 euros, pensant que estic contractant amb el famós pintor i resulta que estic contractant amb un jove estudiant de Belles Arts, escassos dots i nul·la experiència, però, això sí, del mateix nom i cognom.

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

Per exemple, es compren 135 caixes de vi de Jumilla a 72 euros i s'indica que el preu total és de 8.720 euros (en lloc de 9.720 euros).

La transcendència de l'error es veu afectada per la rellevància que es pretengui conferir als deures precontractuals d'informació, és a dir, a la necessitat de transmetre a la contrapart la informació que siga rellevant en relació amb el contracte.

El criteri general pot fixar-se en el deure de les parts de revelar les dades rellevants per a una representació exacta de la realitat. Però a partir d'aquesta dada, els criteris es difuminen: quines són les dades rellevants, què passa si les dades rellevants són accessibles al públic, quines són les conseqüències de l'incompliment d'aquest deure.

**El dol com a vici del consentiment.** El dol com a vici del consentiment s'identifica amb la conducta d'un contractant que, mitjançant engany, indueix l'altre a contractar. En conseqüència, l'actuació d'un contractant produeix un error en l'altre que el determina a contractar. Encara que això pot fer pensar que la figura del dol és innecessària (perquè es connecta amb la causació d'un error), la possible impugnació del contracte per dol no exigeix que concorrin els requisits que jurisprudencialment es prediquen de l'error, sense oblidar que el dol posa l'accent en la conducta d'un dels contractants, i no només en el resultat d'aquesta conducta, amb la qual cosa té sentit la seva previsió com a vici diferent.

La impugnabilitat del contracte per dol en el consentiment no exclou altres responsabilitats (per exemple, arts. 248 i ss. CP, relatius a les estafes). Igualment, cal recordar que no es pot identificar el dol com a vici del consentiment i el dol en l'incompliment (art. 1101, 1102 i 1107 CC).

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

Per exemple, es ven un vehicle, amb el comptakilòmetres espatllat, dient que s'ha fet servir durant 80.000 quilòmetres, quan en realitat ha recorregut 280.000 quilòmetres.

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

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

En la STS de 30 de desembre de 2009, relativa a uns contractes de compravenda en què la venedora havia ocultat als compradors que els habitatges unifamiliars anaven a construir-se sobre sòl contaminat i que, per tant, no anava a aprovar-se la modificació urbanística necessària per a procedir a la promoció i edificació, es recorda que una actuació dolosa "no només pot manifestar-se mitjançant una actuació positiva, com sembla desprendre de l'expressió « paraules o maquinacions insidioses » que empra el Codi Civil en el citat art. 1269, sinó que

també pot apreciar-se en relació amb una actuació omissiva d'ocultació o falta d'informació a l'altra part de determinades circumstàncies que haguessin pogut portar-li a no celebrar el contracte en cas d'haver-les conegut. La sentència d'aquesta Sala de 5 de maig 2009 preveu «la concurrència de dol negatiu o per omissió, referit a la reticència del que calla o oculta, no advertint degudament, fets o circumstàncies influents i determinants per a la conclusió contractual [...], ja que resulta inqüestionable que la bona fe, lleialtat contractual i els usos del tràfic exigien, en el cas, el deure d'informar [...] »".

- b) El dol ha de revestir un caràcter essencial: respon a aquesta idea la necessitat que el contractant siga induït com a conseqüència del dol a celebrar el contracte (art. 1269 CC) i l'exigència de la gravetat del dol (art. 1270.I CC).
- c) Es requereix ànim d'enganyar (caràcter insidiós de les paraules o maquinacions), però no cal que es doni també ànim de causar dany.
- d) Aquest caràcter insidiós de les paraules o maquinacions comporta també que siga irrellevant l'anomenat "dolus bonus", és a dir, l'exagerada ponderació o la lloança de les qualitats d'una cosa o servei. Per tant, només el denominat "dolus malus" permet impugnar el contracte.
- e) El dol ha d'haver estat emprat per un contractant. El dol del tercer és irrellevant, encara que no exclogui l'anul·lació per error i la responsabilitat del tercer.
- f) El dol recíproc es compensa i no té rellevància (art. 1270.I CC): les dues parts han d'actuar d'acord amb la bona fe.
- g) El dol incidental (el qual recau sobre circumstàncies secundàries o elements no determinants del contracte) no permet anul·lar el contracte i només dona lloc a la indemnització de danys i perjudicis (art. 1270.II CC).

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

Cal tenir present que la STS de 18 de gener de 2007 ha admès, en un cas de dol essencial, que el perjudicat pugui exercir una acció d'indemnització de danys i perjudicis, sense reclamar acumulativament l'anul·lació del contracte.

Diu el Tribunal Suprem que "es planteja aquí, per primera vegada en la jurisprudència, una qüestió que havia presentat la doctrina fa poc més de mig segle, que és l'exercici d'accions derivades del dol. Sobre si és possible, primer, l'acció d'anul·lació de contracte i reclamació d'indemnització de danys i perjudicis (acumulació de dues accions), segon, l'acció d'anul·lació, sense reclamació d'indemnització (una sola acció) i, tercer, l'acció de reclamació d'indemnització de danys i perjudicis, sense exercir l'acció d'anul·lació (una sola acció, és el cas present). La resposta ha de ser afirmativa, tant perquè no hi ha norma que exclogui qualsevol de les tres possibilitats, com perquè sí que hi ha una norma aplicable a un cas similar d'ineficàcia, que és la resolució que contempla l'art. 1124 CC, que admet com perfectament compatibles i, alhora, independents, l'acció de resolució i la de rescabament, que poden ser exercides conjuntament o independentment, sense que la possibilitat d'ineficàcia exclogui la indemnització, ni viceversa, ni l'acumulació. En el

present cas, no s'ha demanat la nul·litat de negoci jurídic, sinó s'ha exercitat l'acció d'indemnització de danys i perjudicis per una actuació dolosa dels demandats i tals perjudicis són la manca de possibilitat de cobrament d'aquell crèdit que va ser cedit amb els seus interessos".no s'ha demanat la nul·litat de negoci jurídic, sinó s'ha exercitat l'acció d'indemnització de danys i perjudicis per una actuació dolosa dels demandats i tals perjudicis són la manca de possibilitat de cobrament d'aquell crèdit que va ser cedit amb els seus interessos".no s'ha demanat la nul·litat de negoci jurídic, sinó s'ha exercitat l'acció d'indemnització de danys i perjudicis per una actuació dolosa dels demandats i tals perjudicis són la manca de possibilitat de cobrament d'aquell crèdit que va ser cedit amb els seus interessos".

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

La jurisprudència no descarta la possibilitat que la intensitat de la intimidació exclougi totalment el consentiment. Així apareix en la STS de 5 de novembre de 2013, "tot i que la intimidació pot excepcionalment implicar una manca total de consentiment del que significaria la inexistència contractual (art. 1261.1º), generalment afecta només el consentiment lliure donant lloc a l'anul·labilitat, impugnabilitat o nul·litat relativa". La besàvia del demandant havia procedit el 1941 a la venda de unes parcel·les per a l'edificació per la Falange de 750 habitatges modestes per a treballadors sindicalistes. El Governador Civil provincial havia publicat a la premsa de l'època una nota comunicant la imposició d'una multa de deu mil pessetes a aquesta senyora per la seva actitud reticent i passiva a aquest projecte, dificultant la venda dels terrenys a diferència d'altres propietaris, i la imposició de multa de la mateixa quantitat per cada dia en què persistís en tal actitud. El besné al·legava que concorria intimidació com a causa de nul·litat (no d'anul·labilitat) per la total manca de voluntat de la seva besàvia. El Tribunal Suprem considera que "la nota del Governador Civil de Lleó [...] no es pot deduir és a dir, no prova una intimidació que elimini el consentiment, en el sentit que es va vendre sense el mateix, amb absència de voluntat" i que, si escau, la hipotètica anul·lació per intimidació havia caducat als quatre anys.

La impugnabilitat del contracte per intimidació no exclou altres responsabilitats (per exemple, arts. 169 i ss. CP, relatiu a les amenaces).

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

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

Ha de ser una amenaça de caràcter antijurídic? Què passa si s'amenaça amb l'exercici d'accions judicials i s'aconsegueix així la celebració d'un contracte? En principi, l'amenaça ha de ser feta en contra del Dret: no concorre en l'exercici, correcte i no abusiú, d'un dret. Però hi ha amenaça,

segons la jurisprudència, si es vol aconseguir més del que concedeix el mateix dret o s'aconsegueix un avantatge adicional.

La STS de 8 de novembre de 2007 considera que "és cert que la jurisprudència d'aquesta Sala sobre la intimidació consistent en l'amenaça d'un procés penal o una altra actuació judicial tendeix a no apreciar dit vici del consentiment des de la consideració general que quan els fets són certes seva denúncia o persecució penal no constitueix un mal injust, de manera que l'amenaça de denunciar-los no seria il·lícita per no concórrer l'element de la seva antijuridicitat [...]; com també ho és que el grau invalidant de la intimidació ha de mesurar-se en funció de les circumstàncies ambientals i personals de qui la pateix, sent aquell tant menor com millor siga la posició social, cultural i econòmica de qui es digui intimidat [...] Però no és menys cert que aquestes consideracions generals es matisen amb importants puntualitzacions que, en el que aquí importa, exclouen el xantatge com a mitjà legítim d'obtenir el consentiment contractual [...] El que hi va haver, doncs, no va ser una advertència que s'exercitaria legítimament el dret a promoure l'acció de la justícia si no s'eixugava el deute sinó, molt clarament, un xantatge per quedar-se amb tots els béns del matrimoni a esquena de la dona demandant [...] d'aquí, en definitiva, que amb l'amenaça s'aconseguís molt més del que la mercantil demandada i el seu administrador codemandat haurien pogut obtenir denunciant a l'espòs de l'actora".

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

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

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

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

Per tant, la celebració d'un contracte per un fill per no voler contrariar el seu pare (o d'un treballador, per no disgustar el seu cap) no pot anul·lar-se per intimidació.

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

Per intentar delimitar els respectius conceptes s'han ofert diverses teories. S'ha suggerit que la violència significa l'ús de la força ("vis absoluta" o "ablativa"), mentre que la

intimidació significa l'existència de por o temor derivat d'una amenaça ("vis compulsiva"). La relació entre les dues seria, doncs, de causa (violència) a efecte (intimidació). Però en tots dos casos la conseqüència és l'anul·labilitat del contracte.

Des d'una altra perspectiva, s'ha plantejat que la violència significa una manca absoluta de consentiment ("arrencar el consentiment"), mentre la intimidació constitueix un simple vici del consentiment. En conseqüència, la violència seria causa de nul·litat i la intimidació supòsit d'anul·labilitat.

De totes maneres, la qüestió de la distinció entre intimidació i violència, i la funció d'aquesta última categoria, presenta un escàs interès pràctic.

La impugnabilitat del contracte per intimidació no exclou altres responsabilitats (per exemple, arts. 147 i ss. CP, relatius a les lesions).

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

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

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

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

## 2.6. L'objecte del contracte.

**El plantejament del Codi Civil sobre l'objecte del contracte.** El Codi Civil no proporciona gaire claredat per a delimitar adequadament què s'ha d'entendre per objecte del contracte.

Segons les diverses interpretacions, l'objecte del contracte s'ha pogut identificar amb: a) les obligacions assumides per les parts; b) les prestacions o conductes que han de desenvolupar les parts; c) les coses o serveis que siguin objecte de les prestacions de les parts.

Una mostra de la dificultat de delimitar l'objecte de l'obligació i del contracte és la STS de 20 de juliol de 2006, segons la qual "el nostre ordenament jurídic estableix l'objecte de les obligacions com aquella realitat sobre la qual el contracte incideix i en relació al que recau l'interès de les parts o la intenció negocial o mòbil essencial del contracte, és a dir, el comportament a que el vincle obligatori subjecta al deutor i que té dret a exigir-li el creditor, referit no a l'aspecte obligacional objectiu immediat, o siga als drets i obligacions que es constitueixen, sinó al mediat, que pot consistir tant en una cosa pròpiament dita, la qual, bé de la naturalesa exterior era procedent de l'enginy humà, o en un acte d'una persona, integrador de prestació (STS de 10 d'octubre de 1997 i 5 de juny de 1978)".

Hem de tenir en compte que els arts. 1271-1273 CC no defineixen l'objecte del contracte, sinó que simplement n'estableixen els requisits: hi ha, doncs, un criteri de llibertat sempre que es complisquen aquests requisits. Per això, pot ser objecte

del contracte qualsevol bé susceptible de valoració econòmica que correspongui a l'intent dels contractants: les coses o objectes corporals, les energies naturals, les creacions de l'enginy, les situacions de poder o de deure de les persones, el comportament de les persones, els diners, les "universitates rerum", els títols valors, etc.

Apunta Ángel Carrasco que la nostra jurisprudència no sempre ha sabut distingir entre la nul·litat del contracte per manca d'objecte cert i la vàlida i incompliment de contracte en què s'incompleix el deure de lliurament de la cosa venuda.

Per exemple, la STS de 16 de maig de 2006 va qualificar com nul·la per falta d'objecte la venda de places de garatge que excedien de la superfície de què disposava el promotor-venedor.

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

Aquests requisits no tenen el mateix abast en relació amb tots els casos: com veurem a continuació, cal tenir en compte la diferent naturalesa de les coses i dels serveis.

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

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

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

No resol el Codi Civil en aquesta seu què passa amb la impossibilitat parcial (encara que aplicant el criteri de l'art. 1460.II CC, es pot pensar en una opció entre desistir del contracte o rebaixar proporcionalment el preu o la contraprestació).

Tampoc s'ocupa el Codi Civil de la impossibilitat sobrevinguda. En aquest supòsit cal tenir en compte l'eventual concurrència d'una causa d'exoneració (art. 1105 CC) i quins són els remeis que es posen a disposició del creditor.

L'art. 1271.I CC admet rotundament que puguin ser objecte del contracte les coses futures. Només l'art. 1271.II CC recull una regla restrictiva en relació amb l'herència futura (criteri restrictiu que no comparteixen els drets civils



autonòmics). També limita l'abast de la donació respecte de béns futurs (és a dir, aquells que el donant no pot disposar en el moment de la donació) l'art. 635 CC.

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

Per exemple, compra d'un pis en un edifici que es construirà; arrendament d'un iot que s'està construint en una drassana; compra de la propera collita de pebrots d'una horta o de la producció de brioixeria dels tres anys següents d'una empresa.

Admès que poden ser objecte del contracte les coses o serveis futurs, cal tenir en compte que hauran de reunir els altres requisits de l'objecte del contracte, especialment el seu determinabilitat. Aquest caràcter futur no exonera del compliment d'aquestes exigències.

**La licitud com a requisit de l'objecte del contracte.** La licitud presenta perfils diferents segons es prediqui de les coses o dels serveis.

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

Aquesta referència als "bons costums" com tota clàusula general planteja delicats problemes d'aplicació. Per exemple, és lícit un contracte que imposa a una persona la prestació de serveis sexuals? És lícit un contracte que obliga a una persona a exercir una activitat que posi en risc la seva vida o la seva integritat?

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

La il·licitud de l'objecte té una regla especial pel que fa als seus efectes en l'art. 1305 CC.

Com hem assenyalat, de vegades no és fàcil de determinar quin és el motiu de la invalidesa del contracte. En la STS de 31 de maig de 2005 es qüestiona la validesa d'una sèrie de contractes celebrats entre les parts litigants sobre un quiosc de premsa la llicència municipal d'explotació va ser revocada per l'Ajuntament autoritzant quan va advertir que la persona que regentava el quiosc no era la mateixa a qui, molts anys abans, s'havia permès explotar per la seva condició de discapacitat. El Tribunal Suprem nega que es tractés d'un objecte "extra commercium" o impossible perquè "l'objecte de la transmissió no va ser la llicència municipal, ni tampoc l'espai de la via pública ocupat pel quiosc, sinó un negoci de venda de premsa i revistes, amb la seva corresponent instal·lació, que com a tal no està fora del comerç dels homes ni té res d'impossible, com ho prova el fet que l'avui recurrent l'explotés durant més de dos anys". En canvi, considera que "sent més que palesa la voluntat comuna d'ambdues parts de burlar el caràcter personalíssim de la

llicència municipal per a l'explotació del quiosc concedida en el seu dia al transmetent per la seva condició de discapacitat, el règim aplicable ha de ser el de la regla 1a de l'art. 1306 CC, ja que aquesta voluntat va presidir tota la cadena de contractes celebrats entre les parts i tenia d'il·licitud la causa d'aquest conjunt negocial encara que sense arribar a constituir delictes ni falta".

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

Per exemple, el cèlebre xef Quique Camarena porta a reparar la seva moto al taller de Marcel·lí. L'import de la reparació és de 600 euros. Marcel·lí acorda amb Quique Camarena que, en lloc d'abonar-li els 600 euros, li proporcioni a ell i cinc comensals (la seva dona, les germanes de la seva dona i els seus cunyats) un sopar en el seu restaurant El Maset. Marcel·lí sap que el menú més barat a El Maset costa, sense begudes, 150 euros per persona, i encara n'hi ha més cars. Quan Marcel·lí i els seus acompanyants arriben al restaurant es troben que el sopar que tenen preparada consisteix en una amanida de tomàquet, una truita de patata, i una rodanxa de meló, tenint aigua com a única beguda. Estava adequadament determinada l'obligació de Quique Camarena?

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

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

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

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

Per exemple, les parts poden remetre al preu del meló a Mercamadrid el dia 18 de juny. O poden establir el preu de la intervenció d'un advocat a la impugnació d'uns estatuts d'una associació, d'acord al dictamen (no vinculant i orientatiu) de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de València.

La jurisprudència s'ha ocupat en diferents ocasions de la interpretació de l'exigència de determinabilitat, especialment quan es referia a coses futures.

La STS de 23 de febrer de 2007 considera que "l'art. 1271, paràgraf primer, CC admet la possibilitat que l'objecte del contracte siga una cosa futura. No importa que la cosa no tingui existència real en el moment de celebrar el contracte, sinó prou una raonable probabilitat d'existència. Això no és incompatible amb la certesa, la qual es refereix a la determinació o identificabilitat, no a l'existència (arts. 1273, 1445, 1447 CC). La manca de determinació deixa el contracte a l'arbitri de cada un dels contractants, pel que fa al

principi de la «necessitas» que és essència de l'obligació. L'objecte està determinat quan consta individualitzat o hi ha elements suficients per conèixer la seva identitat de manera que no hi ha dubte sobre la realitat objectiva sobre les quals les parts van voler contractar. La determinació significa que hi ha identificabilitat, de manera que l'objecte no es pot confondre amb altres de diferents, el creditor coneix el que pot exigir i el deutor el que ha de lliurar per complir la seva obligació. La jurisprudència admet que és suficient la «determinabilitat», la qual fa referència a una situació en què no hi ha determinació inicial, en el moment de perfeccionar-se el vincle, però si cap la determinació posterior, sempre que no siga necessari un nou conveni o acord entre els contractants per a la seva fixació. Per a això cal que el contracte contingui en les seves disposicions previsions, criteris o pautes que permetin la determinació [...] Quan es tracta d'una cosa genèrica - cosa determinada pel seu gènere (STS de 21 d'octubre de 2003) -, la qualitat i circumstàncies no s'haguessin expressat, el creditor no podrà exigir-la de la qualitat superior, ni el deutor lliurar-la de la inferior (art. 1167 CC). Es tracta d'un supòsit de relativa indeterminació de l'objecte que no és obstacle per a l'existència del contracte (STS de 21 d'octubre 1992 i 16 de març de 1998). El tema és problemàtic quan la compravenda de cosa futura (i amb això no volem dir que la compravenda de cosa futura siga un precontracte, -S. 11 febrer 1976 -, encara que lògicament cal el precontracte de cosa futura) versa sobre un pis. La STS de 17 de febrer de 1998 assenyalava que l'obligació assumida per la constructora de lliurar «un pis» no significa una cosa determinada sinó total i absolutament indeterminada, fet que significa indeterminació de l'objecte de la compravenda. En canvi, la STS de 10 de març de 1990 diu que «si evidentment en el contracte [litigiós] un dels seus objectes -el pis- no ve concretat en la seva superfície, ni altres característiques essencials com tipus de construcció, qualitat, etc., això no implica la necessitat que es produïska sobre això un nou conveni entre els contractants, determinant d'una equivalència de manca d'objecte.» art. 1273 CC, en ser possible la determinació «en que es preveu en el contracte que serà el que triï DM d'entre els que construïska DJ a l'obra que hauria de dur a terme com a conseqüència de l'adquisició de l'immoble a què es ve fent referència, el que genera adequada determinació regida pel meritat art. 1273 CC”.

La més recent STS de 29 de maig de 2014 ha admès, amb suport en el principi de conservació dels contractes, que el Codi Civil "permet concloure, sense especial dificultat, que dit pressupòsit es considera complert tant si l'objecte es troba determinat en tots els seus extrems, com si la seva concreció es produeix d'acord amb criteris de determinabilitat que operin aquest resultat sense necessitat d'esmena o de la realització d'un nou conveni a aquest efecte”.

## 2.7. La causa del contracte.

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

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

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

**Teories doctrinals sobre la causa contractual.** En limitant la qüestió a la causa del contracte, la doctrina ofereix lectures tan diferents de la mateixa que ens trobem fins i tot amb els que neguen la seva exigència.

Aquestes doctrines sobre la causa contractual tracten, en el fons, de donar resposta a dos grans interrogants: d'una banda, com dotar de sentit autònom a aquest requisit; i, de l'altra, determinar fins a quin punt la frustració dels motius no plasmats en condicions contractuals o la il·licitud d'aquests motius pot afectar la validesa del contracte.

La doctrina anticausalista (que en el nostre ordenament no pot admetre a la vista de la clara exigència dels arts. 1261.3º, 1262.I i 1274 i ss. CC), nega la necessitat de causa perquè si en els contractes onerosos equival al que cada part deu a l'altra, es confon amb l'objecte; i si en els contractes gratuïts equival a la liberalitat del benefactor, es confon amb el consentiment.

Segons la concepció subjectiva, causa és la fi immediata que es proposen assolir els contractants, la qual cosa permet tenir en compte les motivacions individuals de les parts. Però no precisa quan s'han de tenir en compte aquestes motivacions individuals i quan no.

Per a la concepció objectiva de la causa, s'identifica amb la funció economicosocial del contracte o la funció pràctic-social reconeguda pel Dret, és a dir, la funció que aquell objectivament té i que l'ordenament sanciona i protegeix. Però aquesta concepció no pot explicar per què hi ha contractes típics que són causalment il·lícits o immorals.

Finalment, una concepció intermèdia, que uneix l'enfocament subjectiu i objectiu, veu en la causa la funció economicosocial del contracte quant coincideix amb la voluntat concreta de les parts i amb els fins que persegueixen.

La jurisprudència ha recollit aquest concepte intermedi que, en el fons, part del criteri objectiu però admet sota certs pressupòsits la rellevància dels anomenats motius causalitzats. Així, diu la STS de 19 de febrer de 2009 que "tot i que la 'causa' no apareix conceptualment definida en el Codi Civil i el mateix legislador utilitza una terminologia equívoca, ja que unes vegades parla de causa de l'obligació (art. 1261.3º) i altres de causa del contracte (art. 1275, 1276 i 1277), es pot afirmar que es tracta de la fi objectiu o immediat del negoci jurídic o la funció econòmica i social que el Dret li reconeix com a rellevant, sense perjudici que els mòbils subjectius - -en principi, aliens a la causa- puguin considerar integrats en la mateixa quan s'han objectivat mitjançant la seva expressió en el propi negoci com a fonament del mateix o es tracta de mòbils il·lícits, els que vénen a integrar els anomenats "motius casualitzats"..."

Realment si s'analitza la interpretació jurisprudencial del requisit de la causa, ens trobem que constitueix en bona mesura "un expedient còmode per confirmar decisions d'equitat i equilibri d'interessos que, a falta del concepte de causa, s'haguessin fundat en les regles generals de la contractació, la naturalesa del contracte en cada cas o la voluntat implícita dels contractants" (J.L. Lacruz).

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

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

Aquestes dues són indubtablement les funcions més importants que exerceix la causa contractual en el nostre ordenament. Així, la causa es configura com un instrument per al control dels contractes que permet, especialment, valorar els contractes atípics i ponderar determinats motius que han portat a les parts a la celebració del contracte.

Segons recorda la STS de 21 de juliol de 2003, "aquesta Sala des d'antic ve distingint la causa dels contractes, de caràcter objectiu, dels mòbils subjectius que impulsen als contractants. Així estableix la STS de 3 de febrer de 1981 que «tot i operant en el camp de la causa concreta del contracte aquesta ha de ser separada del mòbil merament individual i ocult que abriga qualsevol dels atorgants del que és pròpiament el mòbil incorporat a la causa i com a tal integrat en l'acord bilateral, ja que per molt que s'accentui l'aspecte o criteri subjectivista sempre serà menester, per arribar a causalitzar una finalitat concreta que el propòsit que es tracti vingui perseguit per les dues parts i transcendisca l'acte jurídic com a element determinant de la declaració de voluntat en concepte de mòbil impulsiu [...] de manera que la causa no pot ser confosa amb la finalitat individual (mer interès o motiu) que anima cada contractant en el seu procedir, i en conseqüència perquè els mòbils subjectius dels atorgants repercutisquen en la plenitud del negoci, com té previst l'ordenament positiu en determinades hipòtesis, caldrà que tals determinants, conegudes per tots dos intervinents, hagen estat elevades a pressupòsit determinant del pacte concret, operant a manera de causa impulsiva [...] Finalment, com explica la STS d'1 d'abril de 1998 [...] «a la vista de l'art. 1274 CC s'ha mantingut reiteradament que la causa, com a element essencial del negoci jurídic i, per tant, del contracte, és un concepte objectiu. El mòbil subjectiu és, en principi, una realitat extranegocial, llevat que les parts ho incorporin al negoci com una clàusula o com una condició. No obstant això, es pot donar el cas que el mòbil s'incorpori a la causa; com a element, afecta l'existència -moment de la perfecció-, però no al desenvolupament o al compliment del contracte »".

A més, la causa pot exercir altres funcions de menor importància:

- c) Per a admetre o rebutjar els contractes abstractes.
- d) Per a valorar l'abast de la simulació (art. 1276 CC), encara que la simulació també pot abordar-se com un problema de divergència entre la voluntat i la declaració.
- e) Per a determinar l'aplicació de l'anomenada clàusula "rebus sic stantibus", que es connecta amb una desaparició sobrevinguda de la causa o de la base del negoci (STS de 30 de juny de 2014).

**Règim normatiu de la causa del contracte.** El règim normatiu de la causa en el Codi Civil és afectat per la dissortada redacció de l'art. 1274 CC. Segons

aquest precepte, "en els contractes onerosos s'entén per causa, per a cada part contractant, la prestació o promesa d'una cosa o servei per l'altra part; en els remuneratoris, el servei o benefici que es remunera, i en els de pura beneficència, la mera liberalitat del benefactor".

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

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

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

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

**La veracitat com a requisit de la causa del contracte.** La veracitat de la causa és un requisit més difícil de concretar. La veracitat vol dir que la causa expressada correspongui a la realitat, que no siga falsa.

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

Si fa servir el mateix concepte, el problema és establir el seu règim jurídic perquè, si bé l'art. 1276 CC sembla conduir a la nul·litat, l'art. 1301 CC dissenya un supòsit d'anul·labilitat.

Si no es fa servir el mateix concepte, llavors el problema és delimitar quan s'aplica un i quan s'aplica un altre. Referent a això es diu que la causa falsa de l'art. 1276 CC es refereix a casos de simulació relativa (s'expressa una causa falsa, quan s'està duent a terme una altra); i que l'art. 1301 CC significa un error sobre els motius que pot conduir a l'anul·lació del contracte.

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

La il·licitud de la causa té regles especials pel que fa als efectes de la nul·litat: arts. 1305 i 1306 CC.

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

Per exemple, donació efectuada al jutge perquè sentenciï a favor del donant. O contractació d'un assassí perquè mati a un competidor.

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

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

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

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

Òbviament, un contracte causal afavoreix els transmissors del domini i els deutors. En canvi, un contracte abstracte protegeix als adquirents del domini i els creditors. L'admissió dels contractes abstractes s'independitza seva eficàcia de les anomalies causals i significa potenciar la seguretat del tràfic jurídic.

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

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

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

Diu la STS d'1 de març de 2002 que "en el nostre Dret tot reconeixement de deute ha de ser causal, en el sentit que ha de tenir causa perquè, com a regla general, no s'admet el negoci abstracte, però pot ocórrer que la causa no està indicada o ho estigui només de forma genèrica; o bé que es trobi plenament expressada, en aquest cas resulta perfectament coneguda la font o origen de l'obligació i la funció comercial a què respon. A la primera hipòtesi, a la qual se li sol denominar reconeixement de deute abstracte o formal, és d'aplicació l'art. 1277 CC, conformement al que es presumeix que la causa existeix i que és lícita mentre el deutor no provi el contrari, i la doctrina jurisprudencial consistent que, en virtut d'una abstracció processal, es dispensa de provar al titular del dret de crèdit objecte de reconeixement i es fa recaure el «onus probandi» sobre l'obligat. En la tècnica processal es raona que es produeix una inversió o desplaçament de la càrrega de la prova com a conseqüència de la presumpció legal (de naturalesa «iuris tantum»), encara que un sector doctrinal prefereix parlar de regla especial de prova per no concórrer en la construcció legal tots els elements estructurals que configuren la presumpció. En el segon cas, quan la causa es troba plenament expressada (el que és independent de si és o no veritable -real-), i en el qual es fa referència al reconeixement de deute com causal, no és d'aplicació l'art. 1277 CC perquè la presumpció o regla que aquest conté és innecessària”.

**Els negocis fiduciaris.** Els negocis fiduciaris consisteixen, segons indica la jurisprudència, en l'atribució patrimonial que un dels contractants, anomenat fiduciant, realitza a favor d'un altre, anomenat fiduciari, perquè aquest utilitzi la cosa o el dret adquirit, mitjançant la referida assignació, per a la finalitat que tots dos van pactar, amb l'obligació de retransmetre'ls al fiduciant o a un tercer quan s'haja complert la finalitat prevista (STS de 5 de març de 2001). Com destaca la jurisprudència, quan no implica frau de llei, el negoci fiduciari és vàlid i eficaç.

Cal diferenciar dos tipus de negoci fiduciari.

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

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

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

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

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



Per tractar de donar resposta a aquestes preguntes s'han formulat en la doctrina (i s'han reflectit en la jurisprudència) diverses teories, que condueixen a solucions ben diferents.

Segons la teoria del doble efecte, el fiduciari esdevé plenament propietari dels béns transmesos (efecte real), però amb l'obligació (que opera exclusivament "inter partes") de restituir la propietat al fiduciant un cop complerta la finalitat per la qual els va rebre (efecte obligatori). Però aquesta duplictat d'efectes no és el que volen les parts, ni té empara en el dret positiu.

Per a la teoria de la "causa fiduciae", la titularitat del fiduciari és merament formal, i en trànsit cap al fiduciant. El fiduciari no pot disposar de la cosa com a amo, respon davant del fiduciant de la restitució i tots dos responen davant els tercers que van confiar en l'aparença creada.

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

- a) El fiduciari pot retenir la cosa fins que no s'aconsegueixca la finalitat pactada, però no pot usucapir-la [llevat que el fiduciari dugui a terme una modificació del concepte en que posseeix (interversió)].
- b) Només si el fiduciari transmet la cosa a títol oneros i s'adquireix de bona fe, els tercers seran protegits.
- c) Un cop complerta la finalitat pactada, el fiduciant té acció (real o personal, segons les diverses teories) davant el fiduciari per a obtenir la restitució.
- d) Enfront dels creditors del fiduciari, el fiduciant continua essent el propietari: pot aixecar l'embargament del bé mitjançant la terceria de domini.
- e) Enfront dels creditors del fiduciant, el fiduciari no pot fer valer, en cas d'embargament, ni la terceria de millor dret, ni la de domini.

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

Per exemple, en lloc d'efectuar la donació d'una valuosa joia es ven pel preu d'un euro (venda per preu irrisori). O s'efectua una dació d'uns immobles en pagament d'un deute per evitar el dret d'adquisició preferent de l'arrendatari (RDGRN de 10 de desembre de 2007).

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

L'autonomia de la categoria és discutida, tenint en compte que per la imprecisió dels seus perfils acull situacions molt heterogènies.

On s'aprecia major transcendència de la figura del negoci indirecte és en l'àmbit tributari, perquè en ocasions la concreta dinàmica contractual no té altra finalitat que evitar el cost fiscal.

## 2.8. La forma del contracte.

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

- a) En un sentit ampli, forma equival a exteriorització de la voluntat, és a dir, el trànsit de la voluntat interna a la declaració. Des d'aquesta perspectiva, tot contracte té una forma, de manera que no permet establir diferències entre els diversos contractes.
- b) En sentit estricte, en canvi, forma equival a medi concret i determinat que l'ordenament jurídic o la voluntat dels particulars exigeix per l'exteriorització de la voluntat: es tracta, per tant, d'un plus afegit a la pròpia exteriorització de la voluntat que només es predica de determinats contractes. Aquest serà el sentit al qual ens fixarem a partir d'ara.

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

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

Per tant, no pot identificar-se forma amb document. El document pot ser la forma legalment exigida, però la forma pot no ser un document. Ni el Codi Civil ni la Llei d'Enjudiciament Civil defineixen el document. En l'art. 26 CP s'indica que és document, als efectes del Codi penal, "tot suport material que expressi o incorpori dades, fets o narracions amb eficàcia probatòria o qualsevol altre tipus de rellevància jurídica". L'art. 299.1 LEC esmenta expressament, entre els mitjans de prova, els documents públics i els documents privats. Però, evidenciant que pressuposa que el document es plasma en paper, ha d'admetre, en l'art. 299.2 LEC, també "els mitjans de reproducció de la paraula, el so i la imatge, així com els instruments que permeten arxivar i conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques portades a terme amb fins comptables o d'una altra mena, rellevants per al procés". Cal recordar que, segons l'art. 23.3 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, "sempre que la Llei exigisca que el contracte o qualsevol informació relacionada amb el mateix consti per escrit, aquest requisit s'entendrà satisfet si el contracte o la informació es conté en un suport electrònic". A més, la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica, estableix que "es considera document electrònic la informació de qualsevol naturalesa en forma electrònica, arxivada en un suport electrònic segons un format determinat i susceptible d'identificació i tractament diferenciat" (art. 3.5) i que aquest document electrònic pot ser suport de "a) Documents

públics, per estar signats electrònicament per funcionaris que tinguin legalment atribuïda la facultat de donar fe pública, judicial, notarial o administrativa, sempre que actuïn en l'àmbit de les seves competències amb els requisits exigits per la llei en cada cas. b) Documents expedits i signats electrònicament per funcionaris o empleats públics en l'exercici de les seves funcions públiques, d'acord amb la seva legislació específica. c) Documents privats" (art. 3.6).

Les classes de documents públics s'enumeren en els arts. 1216 CC i 317 LEC i la seva força probatòria en els arts. 1218 CC i 319 LEC. Les classes de documents privats s'enumeren en l'art. 324 LEC i la seva força probatòria en l'art. 326 LEC (i en els arts. 1225 i ss. CC). La raó de la duplicat normativa es troba en el fet que els documents no compleixen exclusivament una funció probatòria o de caràcter processal.

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

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

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

- a) La forma "ad solemnitatem" s'exigeix com a requisit essencial per a la validesa del contracte: sense aquesta forma "ad solemnitatem", no hi ha contracte (per exemple, art. 633 CC).
- b) La forma com a requisit d'eficàcia significa que el contracte ja existeix vàlidament, encara que les parts només poden reclamar el compliment o l'execució del contracte quan ha estat formalitzat (aquest sembla ser el sentit originari de l'art. 1279 CC).
- c) La forma com a requisit d'oposabilitat implica que perquè el contracte produïska efectes davant de tercers (perquè els siga oposable) ha de revestir certa forma (per exemple, art. 1865 CC).

- d) La forma "ad probationem" es requereix com a mitjà de prova, sense que n'afecti la validesa o eficàcia. El contracte existeix i és vàlid sense aquesta forma, però només es pot demostrar amb la forma "ad probationem" (aquesta perspectiva probatòria es pot veure, per exemple, en l'art. 51.I CCom).
- e) La forma amb funció informativa. En certs casos, s'exigeix que el contracte es documenti, típicament per escrit, perquè una de les parts conegui certs drets legals dels quals és titular, l'abast de les obligacions assumides o les característiques i utilitat de la prestació. Aquest aspecte és especialment visible en el Dret del consum.

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

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

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

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

L'art. 1279 CC, segons la qual "si la llei exigeix l'atorgament d'escriptura o una altra forma especial per fer efectives les obligacions pròpies d'un contracte, els contractants poden compel·lir recíprocament a omplir aquella forma des que haguera intervingut el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seva validesa", constitueix per tant el mecanisme per excloure la rellevància de l'art. 1280 CC.

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

Aquesta interpretació buida de sentit la referència del Codi Civil a la forma com necessària "per fer efectives les obligacions pròpies d'un contracte" i es fixa

sobretot en la referència a una altra part del precepte ("es poden compel·lir"). En conclusió, es redueix l'art. 1280 CC a una simple forma "ad probationem".

Com recorda la STS de 19 de febrer de 2004, "cal destacar que «l'exigència de forma escrita continguda en l'últim paràgraf de l'art. 1280 ("també s'han de fer constar per escrit, encara que siga privat, els altres contractes en què la quantia de les prestacions d'un o dels dos contractants excedisca de 1.500 pessetes"), no té l'abast de forma solemne amb repercussió en l'eficàcia obligatòria dels contractes, segons ha declarat reiteradament la jurisprudència d'aquesta Sala [...] doncs, a majors raons, l'art. 1278 de manera terminant i sense admetre cap excepció, consagra en el nostre àmbit jurídic una vegada més el principi espiritualista de l'Ordenament d'Alcalá (STS de 27 de febrer de 1999)".

I, com apunta la STS de 5 de febrer de 2014, "segons ha declarat reiteradament la jurisprudència d'aquesta Sala, [...] el mandat de l'art. 1280 CC, tot i la utilització de l'imperatiu "hauran de", es redueix a la recíproca facultat de compel·lir a l'atorgament del document públic (art. 1279 CC). Per tant, la previsió de tal precepte no té l'abast de forma solemne amb repercussió en l'eficàcia obligatòria dels contractes ja que l'art. 1278 CC, de manera terminant, consagra en el nostre àmbit jurídic el principi espiritualista".

Si una part compel·leix a l'altra per completar la forma legal o convencionalment estipulada, i aquesta es nega, cal el seu compliment forçós: art. 708 LEC.

Quina transcendència té a efectes de la resolució per incompliment el fet que un dels contractants es negui a atorgar l'escriptura pública de cert contracte? La jurisprudència ha entès que, en aquests casos, si el contractant ja es troba en possessió de la cosa objecte del contracte, no cap la resolució, sense perjudici de facultat concedida per l'art. 1279 CC, és a dir, compel·lir judicialment a l'altra part perquè procedisca a l'atorgament de l'escriptura pública, si no hi ha raons per negar-se a aquest atorgament.

La STS de 16 de setembre de 2014 ha fixat com a doctrina jurisprudencial que l'incompliment de l'obligació d'eleva a escriptura pública el contracte de compravenda celebrat, d'acord amb el que disposa l'art. 1280 CC, no és causa directa de resolució contractual a l'empara de l'art. 1124 CC.

I encara que tradicionalment s'indicava que la facultat d'elevació a públic d'un contracte privat era imprescriptible, la STS de 7 de juliol de 2017 ha indicat que "la facultat d'eleva a públic un contracte atorgat en document privat no tingui fixat un termini de prescripció no implica que pugui exercitar-se de forma il·limitada en qualsevol circumstància i amb qualsevol propòsit".

**Casos de forma "ad solemnitatem".** El criteri general de llibertat de forma no exclou que en determinats supòsits es preveja una forma "ad solemnitatem", és a dir, amb caràcter constitutiu, de tal manera que sense la forma exigida no hi ha contracte. Ara bé, només quan la llei preveja aquest caràcter constitutiu, es pot admetre: atès el criteri general, en cas de dubte la forma no ha de ser considerada constitutiva. Com diu la STS de 14 d'abril de 2011, "hi ha d'haver una relació entre l'exigència de forma i el compliment per ella d'una funció empírica".

Per exemple, encara que en relació amb la transmissió de participacions socials, l'art. 106.1 LSC indica que han de "constar en document públic", la jurisprudència (STS de 14 d'abril de 2011 i de 5 de gener de 2012) considera que aquesta exigència "només compleix la funció de mitjà de prova --"ad probationem"-- i d'oposabilitat de la transmissió a tercers --"ad exercitium" o "utilitatem"--, en sentit similar al que atribueix a la mateixa manera

l'art. 1279 CC", de manera que una donació de participacions socials pot fer-se per escrit (art. 632 CC).

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

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

La STS de 16 de setembre de 2014 indica que "si les parts volen atorgar-li a aquesta exigència formal un valor determinant ja per la pròpia validesa del contracte, o bé per la seva eficàcia, aquesta condició essencial ha de figurar inequívocament en el contingut contractual dut a terme, ja que d'una altra manera no té la rellevància requerida a aquests efectes".

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

Alguns exemples d'aquesta tendència són l'art. 16.1 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum (d'acord amb l'art. 21 d'aquesta Llei, la conseqüència de l'incompliment de la forma escrita és l'anul·labilitat del contracte); l'art. 99 TRLGDCU, respecte a contractes celebrats fora d'establiment mercantil; l'art. 154 TRLGDCU, respecte al contracte de viatge combinat, o l'art. 4.2 Llei 43/2007, de 13 de desembre, de protecció dels consumidors en la contractació de béns amb oferta de restitució del preu.

Tot i que no s'apliquin només a consumidors, atès que són els subjectes més habituals, aquestes exigències formals es contenen en altres normes: art. 6.1 de la Llei 28/1998, de 13 de juliol, de Vendes a terminis de béns mobles; i arts. 11 i 31 de la Llei 4/2012, de 6 de juliol, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi i normes tributàries.

Amb caràcter general, la manca de la forma exigida legalment no invalida el contracte, però el consumidor pot demanar el compliment de les exigències formals (bàsicament, que es documenti per escrit i se li lliuri un exemplar).

Conforme a l'art. 63 TRLGDCU, el consumidor ha d'obtenir confirmació documental de la contractació realitzada. Així, "en els contractes amb consumidors i usuaris s'entregarà rebut justificant, còpia o document acreditatiu amb les condicions essencials de l'operació, incloses les condicions generals de la contractació, acceptades i signades pel consumidor i usuari, quan aquestes siguin utilitzades en la contractació". El lliurament d'aquest document és gratuïta per al consumidor. Igualment, amb caràcter general, els consumidors tenen dret a rebre gratuïtament la factura en paper.

## 3. FORMACIÓ DEL CONTRACTE

### 3.1. Preliminar

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

- a) Fase de preparació. Es tracta del període en què les parts discuteixen, negocien i perfilen l'acord que convé als seus respectius interessos: s'intercanvien esborranys, hi afegeixen o eliminen clàusules, ponderen els avantatges i els inconvenients de les diferents possibilitats.
- b) Fase de perfecció. Té lloc quan les voluntats de les parts sobre el contracte resulten coincidents.
- c) Fase de consumació. Comprèn el període de realització de les prestacions contractualment assumides.

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

Llevat que es tracte de contractes de consum, no té transcendència qui adopta la iniciativa de negociar. De la mateixa manera, és irrellevant quantes declaracions (ofertes) i contradecларacions (contraofertes) es produeixen en el procés negociador: l'art. 1282 CC no pren en consideració els actes anteriors al contracte com a criteri d'interpretació del contracte, però la jurisprudència sí que els confereix valor.

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

Per exemple, quan es pretén l'adquisició d'una empresa de certa importància, és pràcticament indispensable que el possible comprador porte a terme el que es coneix com a procés de *due diligence* (auditoria jurídica) per conèixer quin és el veritable estat de l'empresa que es vol adquirir. Evidentment, el preu no serà igual en funció dels contractes

que aquesta empresa tinga amb proveïdors o distribuïdors, si els seus immobles estan o no hipotecats, si els seus gestors poden abandonar l'empresa i fundar-ne una altra de similar, si els deutes de l'empresa són molt importants a curt termini, etc. Aquest procés de *due diligence* pot prolongar-se durant diversos mesos i sol ser molt costós, per aquest motiu té una incidència decisiva en la negociació de les diferents clàusules del contracte.

O, per exemple, no és infreqüent que l'inici de les converses es documente en una carta d'intencions (*Letter of Intent*), ja que el valor jurídic pot arribar a ser objecte de controvèrsia. Com assenyala Àngel Carrasco, una carta d'intencions és un document unilateral o bilateral en el qual una o ambdues parts d'una negociació: a) declaren el seu compromís / intenció / desig / oferta de començar o continuar una negociació que acabe en un acord definitiu; b) fixen els eventuais pactes assolits fins aquell moment, i estableixen que la negociació futura haurà de partir d'aquests mateixos pactes; c) delimiten el conjunt dels punts sobre els quals s'haurà d'aconseguir un acord satisfactori i, si escau, avancen una xifra aproximada del preu del contracte; i d) estableixen regles obligatòries de caràcter temporal a fi d'ordenar el procés de negociació futura. La STS d'11 d'abril de 2000 indica que la carta d'intencions consisteix en "uns tractes preliminars que no vinculen en la seua eficàcia contractual --ja que no són contracte-- sense perjudici que el seu incompliment pugui generar responsabilitat, no ja procedent de contracte - -que no n'hi ha-- però sí extracontractual". La STS de 3 de juny de 1998 el qualifica de "punt de partida per seguir negociant".

Les compravendes de certa complexitat, especialment d'empreses, solen efectuar-se en dos passos: en el primer, les parts signen el contracte de compravenda d'empresa (*signing*) i en aquest contracte es preveuen els requisits que s'han de complir perquè l'empresa es transferisca efectivament (*closing*). El *closing*, és a dir, la consumació o execució del contracte de compravenda, depèn amb freqüència de la verificació de certes condicions, com l'obtenció de finançament, les autoritzacions administratives o el consentiment de tercers. Les parts han d'establir les regles que s'aplicaran al període que va des de la signatura del contracte fins a la seua consumació (per exemple, prohibició de dur a terme actuacions fora del curs ordinari dels negocis de la societat sense informar prèviament l'adquirent). En el moment del tancament es poden ajustar les estipulacions contractuals, en funció de les vicissituds, si escau, ocorregudes durant el període intermedi, com, per exemple, un ajust del preu en funció de l'augment o la disminució dels beneficis. Fins i tot poden preveure accions posteriors al tancament de l'operació (*post-closing*): per exemple, alliberament de garanties o compromisos de no competència.

## 3.2. La fase de preparació del contracte

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

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

**Deures de les parts en la fase de preparació del contracte.** Durant aquesta fase de preparació del contracte, no hi ha entre les parts una relació



jurídica en sentit estricte però es discuteix si, pel fet d'iniciar aquestes negociacions, les parts assumeixen certs deures.

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

En negociacions complexes (per exemple, contractes de transferència de tecnologia) és freqüent que hi haja un acord de confidencialitat (*Non-Disclosure Agreement*) pel qual les parts es comprometen expressament a qualificar com a confidencials les informacions que intercanvien en el curs de la negociació, i que aquestes no puguin ser divulgades. L'acord ha de precisar, entre altres extrems, quina informació pot ser, o no, divulgada; qui són les persones afectades per aquest compromís; durant quin termini regeix l'acord o l'ús que podrà donar-se a la informació confidencial. Però l'aspecte més delicat sol ser l'establiment de les conseqüències derivades de la infracció de l'acord de confidencialitat.

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

Aquestes previsions afecten, per exemple, als prestadors de serveis de la societat de la informació (art. 27 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol), als contractes a distància i contractes celebrats fora de l'establiment mercantil (art. 97 TRLGDCU), als viatges combinats (arts. 152 i seg. TRLGDCU), als serveis financers a distància (art. 7 de la Llei 22/2007, d'11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors), als contractes d'adquisició de béns amb oferta de restitució del preu (art. 3 de la Llei 43/2007, de 13 de desembre, de protecció dels consumidors en la contractació de béns amb oferta de restitució del preu) o als contractes amb consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris o els serveis d'intermediació (arts. 14 i 20 de la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit).

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

### **3.3. La responsabilitat pels tractes preliminars**

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

Només cal pensar en la quantitat de vegades que les persones entren en els establiments comercials a provar-se una peça de roba, sense arribar a adquirir-la, o pregunten per tots els detalls d'un nou lector de llibres electrònics, sense decidir-se a comprar-lo.

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

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

Segons la STS de 15 d'octubre de 2011, "és cert que les parts, de la mateixa manera que són lliures d'entaular negociacions dirigides a la formació dels contractes, també ho són per a, una vegada iniciades, abandonar-les en qualsevol moment, sense respondre per això. No obstant això, els que intervenen en els anomenats tractes previs han d'acomodar el seu comportament a la bona fe, és a dir, al model de conducta admissible en la situació de què es tracte. La bona fe opera com un imperatiu que condiciona i, a la fi, limita aquella llibertat".

Encara que en ocasions es fa referència a la responsabilitat per ruptura de tractes preliminars com a responsabilitat precontractual, cal no confondre-la amb la responsabilitat derivada de l'incompliment del precontracte, que té un abast divers. La responsabilitat pels tractes preliminars també és denominada responsabilitat o culpa *in contrahendo*.

S'havia discutit quin havia de ser el fonament d'aquesta responsabilitat pels tractes preliminars, atès que s'oferien arguments tant per a defensar-ne el caràcter contractual com l'extracontractual. La jurisprudència, amb tota claredat, s'ha inclinat per considerar-lo com un supòsit de responsabilitat extracontractual, amb aplicació, per tant, del que preveu l'art. 1902 CC (STS de 16 de maig de 1988). Aquesta qualificació és important a l'efecte del termini de prescripció.

En realitat, els casos més difícils de qualificar són els relatius a aquells supòsits en què sí que ha existit contracte, però esdevé ineficax: la ineficàcia del contracte deriva de l'actuació d'una de les parts (per exemple, ha actuat amb dol o intimidació, o ha ocasionat l'error de l'altra part). En aquests casos, no es pot parlar en rigor de responsabilitat contractual perquè, com a conseqüència d'aquesta ineficàcia, el contracte deixa de produir efectes. Ara bé, en aquests supòsits, el problema es suavitzava per l'existència d'unes regles específiques respecte a la impugnació (en particular, pel que fa al termini d'exercici) i perquè la jurisprudència ha admès la possibilitat de no declarar la ineficàcia del contracte i indemnitzar pels danys ocasionats. Com ja s'ha indicat, l'STS de 18 de gener de 2007 ha admès, en un cas de dol essencial, que el perjudicat pugui exercir una

acció d'indemnització de danys i perjudicis, sense reclamar acumulativament l'anul·lació del contracte.

Els requisits perquè opere la responsabilitat pels tractes preliminars també han estat establerts de forma jurisprudencial. Segons la STS de 14 de juny de 1999, cal que hi concórreguen els requisits següents:

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

Una qüestió també discutida és l'abast de la indemnització que es pot reclamar. Hi ha coincidència a considerar que no es pot exigir l'anomenat interès contractual positiu, és a dir, la diferència entre la situació actual del perjudicat i la que tindria si s'hagués celebrat el contracte la negociació del qual es va trencar injustificadament. Es pot exigir l'anomenat interès contractual negatiu, que consisteix en la diferència entre la situació actual del perjudicat i la que tindria si no s'hagueren iniciat les converses que es van trencar injustificadament exclouent-hi, en qualsevol cas, les anomenades pèrdues d'oportunitat.

Un jove advocat és entrevistat per un prestigiós despatx internacional amb la intenció que abandone el seu treball actual i es desplaça a la seua oficina de Londres. Els socis que l'entrevisten li donen a entendre que és el candidat perfecte i que el lloc serà seu (amb un sou superior en un 90% a l'actual). Confiant en aquesta situació, el jove advocat s'acomiada del seu treball anterior i ven el seu habitatge i el seu vehicle; també rebutja una oferta d'un altre despatx amb un increment de sou del 35% sobre l'actual. Finalment, un altre advocat és elegit per al lloc de Londres i el que no ha estat seleccionat veu com el seu lloc anterior ja s'ha ocupat.

L'advocat que no ha estat seleccionat no pot pretendre que se li abone el que hauria percebut en cas d'haver estat escollit per al lloc de Londres (interès contractual positiu), ni tampoc el que hauria guanyat amb aquesta altra oferta que va rebutjar (interès contractual negatiu, però pèrdua d'oportunitat). El que sí que pot reclamar és el que hauria obtingut si no haguera perdut el lloc que inicialment ostentava, així com la diferència de preu amb relació al de mercat amb la qual va haver de desprendre's del seu habitatge i el seu vehicle (interès contractual negatiu).

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

La STS de 25 de juny de 2014, relativa a una carta d'intencions sobre la cessió d'un contracte de compravenda d'una aeronau Falcon 7X, considera que són tractes

preliminars i indica que "la doctrina, en aquest tipus de convencions, ha distingit entre l'interès positiu i l'interès negatiu. En supòsits de responsabilitat extracontractual, la indemnització abasta l'interès negatiu, que dona lloc al reemborsament de les despeses realitzades, sense que això supose impedir que dins de l'interès negatiu s'indemnitze el dany patrimonial patit, degudament provat (STS de 16 de desembre de 1999). En cap cas abasta l'anomenat interès positiu o la pèrdua d'oportunitats, com el benefici que podria obtenir la part perjudicada si s'haguera celebrat el contracte. Es tractaria tan sols de col·locar la part perjudicada en aquella situació en què s'hauria trobat si la carta d'intencions no s'haguera subscrit".

### 3.4. L'oferta contractual

**Delimitació de l'oferta contractual.** L'oferta contractual no apareix definida en el Codi Civil, però es pot considerar que hi ha oferta quan:

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

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

Com diu Àngel Carrasco, oferta i acceptació són els noms tècnics amb què es denomina la declaració de qui pren la iniciativa contractual definitiva i de qui se suma a aquesta mitjançant la seua aprovació. Amb la segona es tanca el procés de celebració del contracte.

És irrellevant qui ha de ser qualificat com a ofertant o acceptant a l'efecte de l'aplicació de règims imperatius (per exemple, normes sobre consumidors).

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

Una simple comunicació comercial ("el nou bar Tolo obri les seues portes amb els millors preus i productes") o una invitació a formular ofertes ("es ven pis") no constitueixen oferta en sentit propi i, per tant, no poden ser objecte d'acceptació. Tampoc és oferta una proposta que incloga indicacions del tipus "sense confirmació", "sense compromís" o altres anàlogues mitjançant les quals l'ofertant es reserve l'acceptació final. Tampoc és oferta l'efectuada *iocandi causa*, és a dir, de broma, sense propòsit seriós d'obligar-se.

Sí que és oferta la que conté algun tipus de limitació ("per a les primeres deu persones que acudisquen a l'establiment" o "limitació d'ofertes fins a fi d'existències"), encara que s'haja de tenir en compte l'abast d'aquesta limitació. També és oferta la disposició de mecanismes de venda automàtica, mitjançant la qual "es posa a disposició del consumidor el producte o servei perquè aquest l'adquirisca mitjançant l'accionament de qualsevol

tipus de mecanisme i previ pagament del seu import" (art. 49.1 de la Llei 7/1996, de 15 gener, d'ordenació del comerç minorista).

### **Requisits de l'oferta contractual.** L'oferta contractual ha de ser:

- a) Inequívoca i precisa. Això vol dir que no ha de suscitar dubtes sobre la serietat del propòsit de contractar i tampoc no pot donar lloc, per ambigüïtat o imprecisió, a diferents interpretacions.
- b) Completa. L'oferta ha de contenir tots els elements necessaris perquè la perfecció del contracte es pugui produir pel sol fet de l'acceptació del destinatari de l'oferta, en funció del tipus contractual que es vulga celebrar.
- c) Vigent. Òbviament, l'oferta requereix un període de temps durant el qual es pugui manifestar l'acceptació. No tindria sentit que, com a regla, l'oferta pogués ser acceptada durant un període indefinit, o, al contrari, que hagués de ser acceptada de manera immediata.

Diu la STS de 30 de març de 2010 que "l'oferta, en tant que declaració unilateral de voluntat que emeten una o diverses persones per proposar a una altra o altres persones la conclusió d'un contracte, ha d'exterioritzar la voluntat de l'ofertant de quedar obligat en cas d'acceptar-la el destinatari --al qual, a més, s'ha de donar a conèixer, com a receptícia que és-- i ha de contenir els elements necessaris del contracte projectat, ja que està previst que aquest es perfeccioni amb la sola acceptació".

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

Una qüestió diferent és l'oferta *ad incertam personam* o oferta al públic.

L'oferta pot perdre la seua eficàcia per les raons següents: perquè és rebutjada o alterada pel destinatari; perquè s'esgota el termini concedit per a la seua acceptació; perquè ha estat retirada o revocada abans de l'acceptació i, d'acord amb la jurisprudència, per mort o incapacitat sobrevinguda de l'ofertant, llevat que l'ofertant siga un empresari i l'oferta es corresponga amb el cercle d'operacions de l'empresa.

La STS de 23 de març de 1988 va sostenir que la mort de l'ofertant d'una fiança significava l'extinció de l'oferta, ja que els efectes de l'oferta no es transmetien als hereus, però és una solució criticada doctrinalment. J.R. García Vicente entén que la mort de l'ofertant no extingeix l'oferta, llevat que es referisca a una prestació personalíssima o *intuitu personae*.

La declaració de concurs de l'ofertant no extingeix l'oferta, tot i que la perfecció del contracte estarà subjecta a la resolució en interès del concurs i siga possible que l'acceptant anul·le el contracte per error en les qualitats personals del concursat.

L'oferta pot ser retirada abans que arribe al cercle de control del destinatari i revocada abans que se'n produïssa l'acceptació. A més dels casos d'oferta irrevocable, la revocació queda exclosa quan raonablement es pugui entendre, ateses les circumstàncies, que l'oferta està subjecta a un termini de vigència o durada.

Conforme a l'art. 27.3 de la Llei 34/2002, d'11 juliol, "les ofertes o propostes de contractació realitzades per via electrònica són vàlides durant el període que fixe l'ofertant

o, si no, durant tot el temps que romanguen accessibles als destinataris del servei ": cal pensar en l'exhibició al web de béns o serveis.

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

Es parla d'"oferta vinculant", per exemple, en l'art. 2.II de la Llei 2/1994, de 30 de març, de subrogació i modificació de préstecs hipotecaris. L'"oferta vinculant" de l'art. 8 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum, s'ha de mantenir durant un termini mínim de catorze dies naturals des del seu lliurament, llevat que hi haja circumstàncies extraordinàries o no imputables al prestador. Són deu dies dels previstos per a l'"oferta vinculant" en l'art. 16 de la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit. Pel que fa als viatges combinats, el programa oferta té caràcter vinculant per a l'organitzador i el detallista del viatge combinat (art. 153 TRLGDCU). En l'art. 6 de la Llei 50/1980, de 8 octubre, de contracte d'assegurança s'hi estableix que "la proposició d'assegurança per l'assegurador vincula el proponent durant un termini de quinze dies".

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

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

Per això, la invitació *ad offerendum* (és a dir, a oferir) és una proposta per la qual el proponent incita a la presentació d'una oferta d'acord amb aquella, però es reserva la facultat d'acceptar-la o rebutjar-la. Es manifesta l'interès per contractar, però no pretén quedar obligat per la simple acceptació del seu destinatari.

Encara que hi pugua haver un criteri diferent en l'art. 14.2 CV, l'art. 9.1 LOCM equipara l'oferta al públic amb una veritable oferta contractual.

D'acord amb aquest precepte, "l'oferta pública de venda o l'exposició d'articles en establiments comercials situa el seu titular en l'obligació de procedir a la venda a favor dels demandants que complisquen les condicions d'adquisició, atenent, en el segon cas, a l'ordre temporal de les sol·licituds. Queden exceptuats d'aquesta obligació els objectes sobre els quals s'advertisca, expressament, que no es troben a la venda o que, clarament, formen part de la instal·lació o decorat".

Cal assenyalar, però, que el criteri d'aquesta Llei no afecta els qui efectuen ofertes al públic sense tractar-se d'establiments comercials i que, com preveu el segon apartat d'aquesta norma, en cas d'insuficiència d'existències ha d'atendre a un criteri temporal.

Cal tenir en compte, en fi, que l'art. 22.1) de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial considera deslleial, per enganyós, "realitzar una oferta comercial de béns o serveis a un preu determinat sense revelar l'existència de motius raonables que facen pensar a l'empresari o professional que els esmentats béns o serveis o altres equivalents no estaran disponibles al preu ofert durant un període suficient i en quantitats raonables, tenint en compte el tipus de bé o servei, l'abast de la publicitat que se li haja donat i el preu que es tracte".

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

### 3.5. L'acceptació de l'oferta

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

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

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

L'exigència de plena coincidència entre oferta i acceptació es coneix com la "regla del mirall" (*the mirror-image rule*): perquè la contestació d'una oferta constituïska acceptació ha de coincidir en tots els termes amb la primera sense cap variació; qualsevol modificació converteix l'acceptació en una contraoferta. L'acceptació ha de ser exacta com el reflex de l'oferta en un mirall. La qualificació d'una acceptació amb modificacions o amb reserves com una nova oferta (contraoferta) s'anomena regla de "l'última paraula".

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

Quin valor s'ha d'atribuir a l'acceptació tardana? Com a regla general, s'ha d'entendre que l'oferent no hi queda vinculat. Però el problema rau a determinar si pot atribuir-hi alguna transcendència. Part de la doctrina considera l'acceptació tardana com una contraoferta, que haurà de ser acceptada. Però una altra s'inclina a considerar que l'oferent no accepta una contraoferta, sinó que convalida l'acceptació tardana. Aquesta última és la solució de l'art. 21 del Conveni de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies, sempre

que l'oferent, sense demora, n'informe verbalment al destinatari o li envie una comunicació en aquest sentit.

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

**Formes d'expressió de l'acceptació.** Amb caràcter general, l'acceptació pot manifestar-se de qualsevol manera, llevat que s'impose legalment un altre criteri, l'oferta ho haja exigít així o les parts ho hagen pactat prèviament. L'acceptació pot manifestar-se de manera expressa o tàcita, fins i tot cal admetre la possibilitat que el silenci, en funció de les circumstàncies, siga considerat com una acceptació. L'acceptació tàcita exigeix que els actes del destinatari de l'oferta puguen ser entesos com de conformitat amb l'oferta, la qual cosa ha de valorar-se casuísticament en funció de les circumstàncies concurrents.

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

Aquesta possibilitat està prevista explícitament en l'art. 18.3 del Conveni de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies: "Si en virtut de l'oferta de pràctiques que les parts hagen establert entre elles, o dels usos, el destinatari pot indicar el seu assentiment executant un acte relatiu, per exemple, a l'expedició de les mercaderies o al pagament del preu, sense comunicació a l'oferent, l'acceptació té efecte en el moment en què s'execute aquest acte...".

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

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

Tot i que el Codi Civil no regula la qüestió, sí que podem trobar un criteri normatiu en l'art. 19.3 CV: "Es considerarà que els elements addicionals o diferents relatius, en particular, al preu, al pagament, a la qualitat i la quantitat de les mercaderies, al lloc i la data del lliurament, al grau de responsabilitat d'una part pel que fa a l'altra o a la solució de les controvèrsies alteren substancialment els elements de l'oferta".

Tenint en compte aquests extrems, procedeix distingir:

- a) Si les modificacions introduïdes tenen caràcter substancial, es tracta d'un rebuig de l'oferta i una contraoferta, sotmesa per tant a la necessària



acceptació del primer oferent (per exemple, si el destinatari modifica el preu o la forma de pagament dels productes). Aquest és el criteri previst a l'art. 19.1 CV.

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

**Retirada de l'acceptació.** L'acceptació també pot ser retirada fins que no haja esdevingut eficaç a l'efecte de perfeccionar el contracte (és a dir, mentre no siga coneguda per l'oferent o, remesa pel destinatari de l'oferta, aquell no puga ignorar-la sense faltar a la bona fe: art. 1262 CC). En canvi, no és possible la revocació si l'oferent coneix l'acceptació o no pot deixar de conèixer-la, sense faltar a la bona fe, perquè ja hi ha perfecció del contracte.

### 3.6. El moment de perfecció del contracte

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

Aquest moment és pres en consideració per diverses normes: per exemple, és l'instant rellevant per determinar els danys previsibles (art. 1107 CC); o per determinar les conseqüències de la pèrdua de la cosa venuda (arts. 1452 i 1460 CC).

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

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

El Codi Civil dona per fet que els contractes que es perfeccionen de manera simultània no plantegen problemes en aquest àmbit, ja que la declaració de cada part és coneguda de manera immediata per l'altra.

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

De la mateixa manera que la importància econòmica d'un contracte intensificarà la rellevància dels tractes preliminars, serà més probable que, un cop formulada l'oferta, el destinatari es prenga un temps per manifestar la seua acceptació.

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

Cal observar que, en hipòtesi, aquesta perfecció pot identificar-se en una pluralitat de moments: quan el destinatari manifesta la seua acceptació, quan l'acceptant envia la seua acceptació a l'oferent, quan l'acceptació és rebuda per l'oferent o quan l'oferent coneix efectivament l'acceptació del destinatari. A cadascun d'aquests moments es connecta una determinada teoria: teoria de l'emissió, teoria de l'expedició, teoria de la recepció, i teoria del coneixement o cognició. En funció de quina teoria se segueix, s'intensificarà la protecció de l'acceptant o de l'oferent.

La qüestió té ara una solució normativa, que coincideix tant en el Codi Civil (art. 1262) com en el Codi de Comerç (art. 54). D'acord amb aquests preceptes, de redacció idèntica, "hi ha consentiment des que l'oferent coneix l'acceptació o des que, després que li haja remès l'acceptant, no puga ignorar-la sense faltar a la bona fe".

El criteri legal significa, per tant, la juxtaposició d'una doble teoria: la del coneixement (que protegeix clarament l'oferent, com a destinatari de l'acceptació) i la de la recepció, complementada pel criteri de la bona fe (que matisa aquesta protecció, per la qual cosa s'anomena de "cognició temperada"). Malgrat les seues dificultats probatòries, aquest criteri de la recepció té preferència sobre el del coneixement (un cop que l'oferent no pot ignorar-ne l'acceptació, d'acord amb la bona fe, és indiferent que efectivament la conega o no).

En el Conveni de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies, l'acceptació fa efecte quan arriba a l'oferent (art. 18.2), i s'entén que aquesta arribada es produeix "quan se li comunica verbalment o s'entrega per qualsevol altre mitjà al destinatari personalment, o en el seu establiment o adreça postal o, si no té establiment ni adreça postal, a la seua residència habitual" (art. 24).

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

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

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

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

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

### 3.7. El lloc de perfecció del contracte

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

Una persona telefona des de Sevilla a una altra que es troba a Tarragona per formular-li una oferta de venda d'una parcel·la. En el curs de la conversa telefònica, l'oferta de Sevilla és acceptada immediatament pel comprador, la persona de Tarragona. La mateixa problemàtica pot suscitar si l'intercanvi d'oferta i acceptació entre Tarragona i Sevilla es produeix per carta, i hi ha un lapse temporal entre l'una i l'altra. En tots aquests casos, cal determinar on s'entén que s'ha celebrat el contracte (Sevilla o Tarragona).

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

Davant de les diverses possibilitats existents, tant l'art. 1262 CC com l'art. 54 CC s'inclinen, amb caràcter general, per la rellevància del lloc on es va fer l'oferta: "Com que estan en llocs diferents el que va fer l'oferta i el que la va acceptar [...] [e]l contracte, en aquest cas, es pressuposa celebrat al lloc en el qual es va fer l'oferta".

Aquesta regla es formula com a presumpció i té caràcter dispositiu per a les parts, que poden fixar el lloc en què es va efectuar l'acceptació o qualsevol altre.

Certament, quan els contractants se situen en llocs diferents, la regla de l'art. 1262.II CC no deixa de ser una ficció, necessària per a tancar el conflicte.

El lloc de perfecció del contracte no s'ha de confondre amb el lloc de compliment de l'obligació (art. 1171 CC). Poden coincidir-hi, però els criteris legals són diferents.

**Lloc de perfecció dels contractes electrònics.** Per als contractes electrònics, l'art. 29 de la Llei 34/2002, d'11 juliol, estableix una regla especial:

"Els contractes celebrats per via electrònica en què intervinga com a part un consumidor es consideraran celebrats en el lloc en què aquest tinga la residència habitual.

Els contractes electrònics entre empresaris o professionals, en defecte de pacte entre les parts, es consideraran celebrats en el lloc en què estiga establert el prestador de serveis".

**Rellevància del lloc de celebració del contracte en el règim contractual.** Certes modalitats contractuals en relació amb el lloc de celebració del negoci són objecte de previsió particular. Els contractes a distància (entenent com a tals els contractes celebrats sense la presència física simultània dels contractants, sempre que l'oferta i acceptació es realitzen de forma exclusiva a través d'una tècnica qualsevol de comunicació a distància i dins d'un sistema de contractació a distància organitzat per l'empresari) són regulats, amb caràcter general, en els arts. 38 i seg. de la Llei 7/1996, de 15 gener, d'ordenació del comerç minorista; i quan hi intervenen consumidors i usuaris, en els arts. 92 i seg. TRLGDCU; i la regulació dels contractes celebrats fora d'establiment mercantil es conté en els arts. 92 i seg. TRLGDCU. En tots aquests casos es preveu, entre altres punts, un dret de desistiment a favor del consumidor.

### 3.8. El precontracte

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

Per exemple, Anselm, empresari de la construcció, i client habitual del restaurant de Begoña, acorda amb aquesta constituir una societat conjunta (al 50%) per establir un nou restaurant de luxe dirigit per Begoña en un dels diversos locals d'Anselm.

Per exemple, Agustina acorda amb Beatriu el lloguer d'un local de la seua propietat al carrer de Colom de València per 10.000 euros mensuals durant deu anys. Hi indica que els seus respectius advocats s'encarregaran de completar el contracte en altres extrems. Els advocats mantenen diferències radicals i no arriben a cap classe d'acord pel que fa a l'existència de carència de rendes, termini i forma de pagament, realització d'obres, abonament d'impostos, garanties addicionals de pagament i possibilitat de cessió del contracte.

Per exemple, Andrea acorda negociar amb Betlem l'adquisició del seu hotel a Benidorm, mitjançant la possible compra de les participacions socials de la mercantil Hotel

Benidorm Luxury SL, per un preu que es fixarà entre tres i quatre milions d'euros tenint en compte l'evolució del mercat turístic i el resultat de l'auditoria legal que Andrea efectuarà en la societat.

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

Ara bé, com ha assenyalat Àngel Carrasco, en els nostres tribunals es produeix un ús i abús del concepte de precontracte. La majoria dels "precontractes" i "promeses de contractes" que sorgeixen en la realitat jurídica són purament i simplement contractes. I l'acostumada divagació dels tribunals sobre la naturalesa del precontracte és sempre ociosa i supèrflua.

**Problemes bàsics del precontracte.** Els problemes a què s'enfronta aquesta figura són múltiples. Però des d'un punt de vista pràctic les qüestions bàsiques són dues:

- a) Quins requisits ha de reunir el precontracte, quant a forma, capacitat, etc.? Els previstos amb caràcter general per a tot contracte? O els previstos per al contracte definitiu, que poden arribar a ser més rigorosos?
- b) Quins efectes té l'incompliment del precontracte? Pot el jutge, si un dels (pre)contractants es nega a celebrar el contracte definitiu, substituir aquest (pre)contractant i atorgar el contracte? O, per contra, l'incompliment del precontracte mai no pot donar lloc a l'atorgament del contracte definitiu, i per això es converteix en l'obligació d'indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats?

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

**Teories doctrinals sobre el precontracte.** Per tractar de donar resposta a aquestes qüestions, la doctrina ha formulat diferents teories, la utilitat pràctica de les quals és molt discutible. El defecte d'aquestes teories és que pretenen unificar el règim jurídic del precontracte quan, com hem assenyalat, aquestes situacions es caracteritzen per la seua heterogeneïtat. No tots els precontractes responen a un mateix propòsit i voluntat de les parts. En tots els casos, les parts no volen l'eficàcia immediata del contracte, però, a partir d'aquesta dada mínima, hi ha diverses possibilitats respecte al futur.

Com assenyala F. Rivero, les parts poden desitjar:

- Que la voluntat individual siga insubstituïble, i la negativa es tradueix com a indemnització de danys i perjudicis.
- Que la voluntat del jutge suplisca, si escau, la voluntat d'un contractant que es nega a l'atorgament.

- Que el precontracte es considere posat en vigor i executable com a contracte definitiu a partir de cert moment.

Apunta Ángel Carrasco que el problema del precontracte és, en realitat, un fals problema: la qüestió rau en el fet de determinar quan una negociació deixa de ser un tracte preliminar que no obliga la part i de l'incompliment no neix una simple pretensió indemnitzatòria.

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

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

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

Però l'art. 708.1 LEC enfoca inadequadament la qüestió perquè, si hi concorren aquests elements, ja hi ha contracte: la sentència que l'haja declarat així serà declarativa de l'existència del contracte o de la condemna al seu compliment; tanmateix, com diu Ángel Carrasco, és un impossible lògic que es tracte d'un títol executiu judicial que condemne a emetre de nou la mateixa declaració negocial que es considera existent o pressuposada en la sentència.

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

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

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

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

La qüestió, doncs, es trasllada: en el curs d'una negociació, quan hi ha un acord suficient sobre els elements essencials del contracte? Es tracta, com és obvi, d'una decisió que dependrà dels criteris jurisprudencials.

I Àngel Carrasco subratlla que la jurisprudència sol ser generosa a l'hora de reconèixer que s'ha aconseguit durant el procés de negociació un acord suficient sobre aquests elements; suficient perquè el jutge permeti la imposició d'una condemna al compliment forçós, encara que paradoxalment el grau de determinació és més exigent si es vol reclamar aquest compliment forçós que si reclama una indemnització per incompliment.

### 3.9. El dret d'opció

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

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

D'acord amb la jurisprudència, els requisits del contracte d'opció són, "a banda dels requisits generals a tota activitat contractual, 3 específics: a) l'acceptació expressa de qui opta [...] b) la determinació del termini durant el qual es puga exercitar el dret d'opció [...] c) la determinació exacta del preu i de l'objecte, així com el de perfecció" (STS de 15 de desembre de 1997).

El dret d'opció no té regulació general en el Codi Civil (vegeu, en canvi, arts. 568-8 a 12 CCCat). A més de l'art. 14 RH, l'opció de compra es contempla en les lleis 460 i 461 FN. Com diu la STS de 21 de març de 1998, "l'opció de compra, en no tenir una disciplina normativa pròpia, excepte la referència que efectua l'art. 14 RH, té la seua font de regulació en la voluntat de les parts, no autoritzant atès que es tracta d'una relació obligacional, que la seua validesa i compliment puga quedar a l'arbitri d'un dels contractants (art. 1256 CC)".

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

Segons la STS de 18 de febrer de 2015, "l'opció de compra és una espècie de precontracte [...] entès com una primera fase de l'*iter contractus* en què la relació jurídica obligacional neix en el precontracte i en un moment posterior es posa en vigor el contracte preparat [...] Aquest precontracte d'opció de compra pot ser atorgat pel concedent a l'optant sense preu, tot i que sí que n'hi haurà en la compravenda projectada, o bé s'atorga per un preu anomenat també primera [...] L'opció de compra és essencialment temporal...".

El dret d'opció pot complir diverses funcions: assegura a qui opta una major amplitud en la deliberació i decisió sobre la conveniència del contracte (per exemple, arrendament amb opció de compra); permet completar fases d'una operació més complexa, sense comprometre's definitivament (per exemple, un promotor immobiliari que vol comprar totes les finques d'una zona, però que va aconseguint drets d'opció sobre les diferents finques a l'espera de poder adquirir-les totes); facilita l'obtenció de finançament per a l'operació; permet una finalitat

especulativa, ja que qui opta pot celebrar al seu torn un segon contracte sobre el bé objecte de l'opció, o preveure l'augment o el descens del preu del bé (per exemple, opcions sobre accions); equival a una mena de garantia, quan el prestatari concedeix al prestador una opció de compra sobre un bé per l'import del préstec, o quan el deutor ven al creditor un bé i es reserva una opció per l'import del deute; etc.

Atès que poden conferir efectes reals en el dret d'opció (per a l'opció de compra: art. 14 RH), es discuteix en la doctrina si s'ha de qualificar com a dret real (d'adquisició) o com a dret personal.

**Estructura del dret d'opció.** Les parts del dret d'opció són el concedent i l'optant (o beneficiari). El concedent es compromet a propiciar la consumació del contracte, en cas d'exercitar-se l'opció. De la decisió de l'optant depèn l'eficàcia del contracte projectat. Aquest exercici requereix una declaració de voluntat unilateral i receptícia adreçada al concedent. El consentiment de l'optant és l'única cosa decisiva per a l'eficàcia del contracte, i el concedent no pot pretendre donar la seua conformitat en la declaració del primer d'exercitar l'opció.

Per això, davant l'incompliment del concedent, un cop l'optant haja exercit el dret d'opció, no s'ha d'articular una pretensió de condemna en l'emissió d'una declaració de voluntat (art. 708 LEC), que ja ha estat emesa, sinó directament una pretensió de compliment forçós.

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

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

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

L'art. 14 RH, per a la inscripció en el Registre de la Propietat de l'opció de compra, requereix que hi conste el preu estipulat per a l'adquisició de la finca i, si s'escau, el que s'haja convingut per a concedir l'opció.

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

Assenyala la STS de 15 de desembre de 1997, entre altres, que el contracte d'opció implica una "compravenda conclusa que no necessita activitat posterior de les parts per a desenvolupar les bases convingudes contingudes en l'acord; és suficient l'expressió de



voluntat de l'optant perquè el contracte de compravenda quede ferm, perfecte i en estat d'execució obligatòria per al [amb el] cedent, sense necessitat de més actuacions”.

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

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

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

Cal tenir en compte que per al concedent no és irrellevant la identitat de la persona amb qui quedarà definitivament vinculada.

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

## 4. INTERPRETACIÓ, QUALIFICACIÓ I INTEGRACIÓ DEL CONTRACTE.

### 4.1. Preliminar.

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

### 4.2. La interpretació del contracte.

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

Com diu la STS de 21 de novembre de 2002, la interpretació del contracte és el mecanisme jurídic que té per finalitat investigar la veritable i real voluntat dels contractants per establir l'abast i el sentit del que s'ha pactat i fixar les obligacions assumides.

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

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

Per exemple, un contracte d'assessorament fiscal a una societat inclou l'assessorament en matèria comptable?

Per exemple, un contracte d'adquisició d'un equip d'aire condicionat inclou la instal·lació de l'equip en l'habitatge de l'adquirent?

Per exemple, un pressupost amb el desglossament de les diverses partides i la suma total inclou les quantitats derivades de l'aplicació de l'IVA?

Per exemple, en un contracte d'arrendament es pacta que l'arrendatari ha d'abonar les reparacions ordinàries dels electrodomèstics existents en l'habitatge. Ha de pagar l'arrendatari el canvi del tambor de la rentadora que significa gairebé un 50% del preu d'una rentadora nova?

És indubtable que la interpretació contractual presenta una certa proximitat a la interpretació de les normes (art. 3.1 CC), però també és evident que són funcions

d'abast divers en la mesura que els interessos que cal tutelar són diferents (la voluntat dels contractants, en un cas, un interès general, en l'altre) i que no es pot prescindir del diferent objecte sobre el qual es projecten (una relació contractual concreta i específica, en un cas, una regla general i abstracta, en l'altre).

**Interpretació subjectiva i interpretació objectiva.** Dins de la interpretació contractual, la contraposició bàsica s'estableix entre l'anomenada interpretació subjectiva, que tendeix a esbrinar la voluntat o intenció concorde dels contractants, i la denominada interpretació objectiva, encaminada a dissipar els dubtes o les ambigüitats de la declaració contractual conferint un sentit i un significat objectiu fins i tot amb independència de la voluntat real dels contractants. En el Codi Civil, les regles d'interpretació contractual, que es contenen en els arts. 1281-1289 CC (als quals remet també l'art. 50 CCom: vid. també arts. 57 a 59 CCom), ofereixen criteris no sempre coherents, en uns casos més propis d'una interpretació subjectiva (arts. 1281-1284 CC), i en altres més propers a una interpretació objectiva (arts. 1285-1289 CC).

**Principis rectors de la interpretació contractual.** Davant l'acumulació de regles que proporciona el Codi Civil, no és estrany que la doctrina acostume enunciar una sèrie de principis rectors de la interpretació contractual per aclarir i coordinar l'abast d'aquests preceptes.

- a) El principi de recerca de la voluntat real dels contractants tracta d'establir la voluntat comuna i històrica que va presidir la formació i la celebració del contracte. Això vol dir intentar esbrinar què és el que les parts van voler pactar de comú acord (i no només el que una part volia o va entendre) en celebrar el contracte.
- b) El principi de conservació del contracte, entre una lectura que significa privar el contracte o certa clàusula d'efectes i una altra lectura que li permet produir-los, implica que s'ha d'optar per aquesta última.
- c) Finalment, el principi de bona fe determina que també en la interpretació del contracte s'ha d'acudir a l'estàndard de conducta que representa aquesta clàusula general. Una aplicació d'aquest principi pot trobar-se en l'art. 1288 CC, que estableix el criteri d'interpretació contra stipulatorem, és a dir, contra la part que ha ocasionat l'obscuritat d'una clàusula contractual.

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

**Regles sobre interpretació en el Codi Civil espanyol.** Ens trobem amb una pluralitat de regles sobre interpretació en el Codi Civil, la qual cosa, si s'apliquen totes simultàniament, pot conduir a resultats contradictoris. Cal, per

tant, jerarquitzar aquests criteris en els seus elements bàsics per determinar en cas de conflicte quin ha de prevaler.

Primer de tot, cal destacar que el criteri del paràgraf primer de l'art. 1281 CC, segons el qual "si els termes d'un contracte són clars i no deixen dubte sobre la intenció dels contractants, s'atendrà el sentit literal de les seues clàusules", tradicionalment conegut com in claris non fit interpretatio (les qüestions clares no requereixen interpretació), és contradictori, perquè per determinar que hi ha aquesta claredat sobre els termes contractuals i aquesta falta de dubte sobre la intenció de les parts ja s'ha d'haver produït una activitat interpretativa sobre les regles contractuals.

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

Les clàusules de contracte complet o clàusules de restricció probatòria (*merger clauses*), la inclusió no és infreqüent, pretenen que un contracte no pugui ser interpretat, suplementat o contradit mitjançant declaracions o acords anteriors. Es vol evitar la ingerència de les negociacions o tractes anteriors a la conclusió del contracte.

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

Amb claredat, l'art. 1284 CC respon al criteri de conservació del contracte, ja que entre els diversos sentits que admeta una clàusula s'inclina pel més adequat perquè produïska efectes. L'art. 1285 CC estableix un criteri d'interpretació de caràcter sistemàtic en afavorir una interpretació conjunta de les clàusules del contracte. La naturalesa i l'objecte del contracte contribueixen també a precisar quina de les diferents accepcions d'una paraula ha de ser preferida per a la interpretació (art. 1286 CC): la norma es refereix a les paraules polisèmiques i formulades per escrit (no s'aplica als contractes verbals: STS de 18 de desembre de 2006).

La STS, d'1 d'octubre de 2009, assenyala que l'art. 1284 CC només és aplicable quan la norma contractual té diversos sentits i la intenció de les parts no s'ha pogut precisar mitjançant els elements d'interpretació dels arts. 1281 i 1282 CC.

Segons la STS, de 30 de desembre de 2003, "l'art. 1285 CC es pot qualificar, seguint a la doctrina científica, com el cànon hermenèutic de la totalitat de l'àrea contractual. A més, és doctrina jurisprudencial consolidada que el referit precepte proclama el principi d'interpretació sistemàtica, el qual té un discutible valor, ja que la intenció, que és l'esperit del contracte, és indivisible, i no es pot trobar en una clàusula

aïllada de les altres, sinó en el tot orgànic que constitueix. Abundant més en aquest criteri, la jurisprudència adverteix la necessitat de no separar les estipulacions principals de les subordinades, complementàries o eventuais, així com no està en la denominació de les clàusules generals i especials donada per les parts, sinó en el contingut d'aquestes”.

I la STS, de 12 de juny de 2003, indica que segons l'art. 1286 CC, "la interpretació ha de venir inferida, d'acord amb el sentit propi i ordinari de les paraules en el llenguatge utilitzat en la contractació mercantil, amb preferència a la significació semàntica de l'acadèmic, i sempre dins el context literal dels documents en què haja estat emprada la paraula en qüestió i fins i tot atès el sentit finalista dels negocis jurídics que es constaten en aquests documents”.

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

El dia 30 d'agost de 1985 el bou anomenat Burlero va causar la mort del torero José Cubero, El Yiyo, a la plaça de bous de Colmenar Viejo. Quan es procedia a l'especejament de l'animal, separat ja el cap del cos, però trobant-se intacta, va irrompre un gran nombre de persones i sense que l'escorxador poguera impedir-ho se la van emportar. El cap es trobava, dissecat, en possessió de l'empresa adjudicatària de la plaça. Els que havien signat amb aquesta empresa un contracte de compravenda relativa a la carn dels caps de bestiar que havien de lluitar durant aquesta fira van reclamar la propietat del cap dissecat de Burlero. L'empresa al·legava que el contracte parlava de de la carn neta, i ometia les vísceres, la pell, les potes i el cap. Però la STS, de 13 de novembre de 1992, confirma la rellevància de l'art. 1287 CC i que havia quedat acreditat que era "costum habitual en el món del bou" que la compravenda de la carn dels bous que havien de lluitar incloguera el tot de l'animal, vísceres, cap i despulles. "I no es diga que en aquest cas havia de reivindicar tots els caps dels bous torejats en la fira, perquè el que no consta és que es privara els compradors de la resta d'elles i flac favor es faria als adjudicataris de la fira si se'ls obligara a partir d'avui a retirar per a ells i pels seus propis mitjans les tan repetides vísceres, caps i despulles, contrariant el que és costum habitual”.

Segons la STS, d'11 de juliol de 2007, "l'art. 1287 CC s'insereix en una llarga tradició que considera regles interpretatives les generals o usos externs a les parts; es tracta de pràctiques que persones en la mateixa situació i circumstàncies que les pròpies parts consideren aplicables en els seus contractes i que s'han d'usar per a interpretar-los, excepte quan no siguin raonables en el cas concret; es tracta de mètodes interpretatius generalitzats i objectius”.

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

- a) Si els dubtes irresolubles recauen sobre elements accidentals del contracte, cal subdistingir al seu torn: si es tracta d'un contracte gratuït, s'ha d'aplicar

el criteri de la menor transmissió de drets (per exemple, en una donació d'un bé immoble en la qual es discuteix si també s'han donat alguns béns elements mobles que hi havia en aquell immoble: cal entendre que la donació té el menor abast possible); en canvi, si es tracta d'un contracte oneros, amb un criteri més obscur, el Codi Civil s'inclina per la major reciprocitat d'interessos, és a dir, per la major commutativitat o equilibri entre les prestacions.

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

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

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

Curiosament la regla de tancament de l'art. 59 CC com és d'un abast ben diferent, i respon a un principi favorable al deutor: "Si s'origina algun dubte que no puga resoldre's [...], es decidirà la qüestió a favor del deutor".

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

- a) Prevalen les condicions particulars del contracte sobre les condicions generals, tret que aquestes siguin més beneficioses per a l'adherent. Es considera que en principi les condicions particulars reflecteixen d'una manera més adequada la voluntat de les parts.
- b) Els dubtes en la interpretació de les condicions generals s'han de resoldre a favor de l'adherent. Es tracta, com és evident, d'un criteri similar al de l'art. 1288 CC. L'art. 80.2 TRLGDCU consagra també la prevalença de la interpretació favorable al consumidor, ja que "en cas de dubte sobre el sentit d'una clàusula preval la interpretació més favorable al consumidor".
- c) Supletòriament, s'ha d'acudir a les regles d'interpretació del Codi Civil.

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

### 4.3. La qualificació del contracte.

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

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

Així, una cessió d'ús d'un immoble per a habitatge, amb l'obligació del cessionari de rehabilitar-lo i reformar-lo totalment, sense que per això pague cap renda, pot ser qualificat (entre altres possibilitats) com un arrendament d'habitatge amb prestació en espècie (la rehabilitació) o com un contracte atípic de cessió d'ús per obra (ad meliorandum). La diferència en la qualificació significarà l'aplicació o no, per exemple, de les clàusules de protecció de l'arrendatari pel que fa a la durada o la renda.

Amb vista a la qualificació del contracte, la jurisprudència ha afirmat reiteradament que "els contractes són el que són i no el que diguen que són les parts contractants", amb la qual cosa s'estableix la llibertat dels tribunals de qualificar el contracte amb acord amb el seu veritable contingut més enllà de les denominacions emprades per les parts.

Encara que convinga amb el meu amic Alejandro que li cedesc en comodat el meu cotxe durant un any i que Alejandro accepte aquesta qualificació, si incloem l'obligació d'Alejandro de pagar-me 100 euros al mes per aquest ús, el contracte no és comodat, sinó arrendament (art. 1741 CC).

Una regla similar a aquests criteris jurisprudencials es pot veure en l'art. 3.II de la *Llei de venda a terminis de béns mobles*, que inclou en l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei "els actes o contractes, qualsevol que siga la seua forma jurídica o la denominació que les parts els assignen, mitjançant els quals les parts es proposen aconseguir les mateixes finalitats econòmiques que amb la venda a terminis"; o en l'art. 9 de la *Llei de repressió de la usura*, que també estén la seua aplicació a "tota operació substancialment equivalent a un préstec de diners, siguen quines siguen la forma que tinga el contracte i la garantia que per al seu compliment s'haja ofert".

### 4.4. La integració del contracte.

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

Si una persona es decideix a arrendar un local per posar-hi una botiga de roba, els aspectes que sens dubte més li importaran (i que negociarà i pactarà amb el propietari) seran la durada del contracte i la quantia de la renda. És possible que en el contracte s'inclouen clàusules sobre la realització d'obres, sobre les despeses generals de l'edifici o sobre la facultat de sotsarrendar. Però és perfectament possible que ni propietari ni arrendatari donen importància en el moment de celebrar el contracte a aquestes qüestions. I llavors, al cap d'uns mesos, es planteja el dubte: quin tipus d'obres pot realitzar l'arrendatari sense autorització del propietari?; qui ha d'assumir les despeses generals de l'edifici?; necessita l'arrendatari permís del propietari per a sotsarrendar una part del local a una amiga que desitja posar-hi un petit negoci de bijuteria?

L'actitud dels contractants que no es preocupen de prevenir tots i cadascun dels casos que es poden donar és racional i sensata: negociar és car (implica costos de temps i diners) i no té lògica malgastar aquests recursos en pactar qüestions que potser no tinguen lloc mai.

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

Les STS, de 20 de juliol de 2015 i de 3 de juny de 2016, han indicat que "en la nostra teoria general la integració del contracte, pròpiament dita, opera en un pla diferenciat i específic dins l'àmbit general de la interpretació del contracte. En aquest sentit, la integració acompanya necessàriament la valoració jurídica de la relació de negoci, de manera que pot projectar-se tant en l'àmbit de l'esmentada interpretació del contracte, com en la conformació de l'eficàcia resultant d'aquest (art. 1258 CC). En aquest context, la seua aplicació, unes vegades, es tradueix en una simple complementació objectivada de la reglamentació acordada per les parts, casos, entre altres, de l'existència de llacunes o d'imprecisió de les clàusules. Altres vegades, en un sentit més específic, la seua aplicació es tradueix en la configuració d'autèntiques obligacions accessòries de les prestacions contemplades, com és el cas, supòsit que ens ocupa, en una correcció del que executa per alguna de les parts per infringir els deures legals que es deriven dels criteris d'integració contractual previstos per la norma; especialment amb relació al principi de bona fe contractual. Principi estretament connectat tant amb la conducta de les parts com a mitjà o criteri d'interpretació (art. 1282 CC), com amb la doctrina dels actes propis (art. 7.1 CC)".

**Autointegració i heterointegració: l'art. 1258 CC.** Aparentment la solució immediata hauria de ser recórrer a allò que les parts hagueren previst si



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

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

Amb caràcter previ, cal tenir en compte dues consideracions:

- a) L'art. 1258 CC estableix amb tota claredat que el vincle derivat del contracte no es limita a allò sobre el que les parts expressament s'han pronunciat (allò que és "expressament pactat"), sinó que hi ha altres elements que obliguen les parts encara que no hi haja pacte referent a la qüestió.
- b) Com també diu l'art. 1258 CC, la integració del contracte ha d'ajustar-se en funció d'un element bàsic, com és la naturalesa del contracte. Aquesta naturalesa del contracte (per exemple, el seu caràcter oneros o gratuït) condiciona també la forma com han d'omplir-se les imprevisions de les parts.

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

Segons J. R. García Vicente, l'aplicació de les diferents fonts d'integració té un diferent abast: mentre que respecte a la llei i als usos la tasca de l'aplicador és la recerca de les normes o usos que puguen regir el contracte "d'acord amb la seua naturalesa", en el cas de la bona fe en sentit objectiu és el mateix jutge el que elabora la regla, perquè com a model abstracte necessita concreció a través sobretot de l'elaboració de grups de casos i regles consegüents.

També assenyala J. R. García Vicente que, sensatament, l'art. 1258 CC no estableix un rang o jerarquia entre els diferents mitjans d'integració. La raó es connecta amb el sentit de cadascuna d'aquestes fonts: el jutge recorre successivament, en raó de la naturalesa del contracte, a les fonts "expresses", siguin els usos, en primer lloc, en raó de la seua especialitat (per exemple, art. 277.II CCom); i després al dret dispositiu, que es referirà al tipus o tipus contractuals afectats (en què cal encaixar també els usos). Finalment, recorre a la font que exigeix l'elaboració d'una regla concreta: la bona fe en sentit objectiu.

**La bona fe com a criteri d'integració.** La bona fe, que també apareix amb un caràcter més general en l'art. 7.1 CC, ha de ser entesa com un estàndard de conducta: una manera de procedir dels contractants tendent a la cooperació

honest. Es tracta, doncs, d'un element que ha de presentar un caràcter objectiu (comportament just i adequat) i no merament subjectiu (creença o situació psicològica del contractant). La bona fe es tradueix en una sèrie de deures i permet propugnar que els contractants han d'intentar facilitar el compliment i la major satisfacció dels interessos contractuals; que han de procurar minimitzar l'impacte de certs riscos (per exemple, deure de mitigar el dany); que els deures d'informació, lleialtat o fidelitat entre les parts es modulen en funció del tipus de contracte; o que cada part ha d'evitar el dany personal de l'altra part, i vetlar per la seua seguretat.

Per a conèixer com entén la jurisprudència la bona fe de l'art. 1258 CC és molt útil la STS, de 12 de juliol de 2002: "La bona fe a què es refereix l'art. 1258 és un concepte objectiu, de comportament honrat, just, lleial... [...] que opera en relació íntima amb una sèrie de principis que la consciència social considera com a necessaris, encara que no hagen estat formulats pel legislador, ni establerts pel costum o el contracte [...] significa una exigència de comportament coherent i de protecció de la confiança aliena [...]; de compliment de les regles de conducta innates en l'ètica social vigent, que vénen significades pels valors d'honradesa, correcció, lleialtat i fidelitat a la paraula donada i a la conducta seguida [...] Aplicant en concret l'institut al camp contractual, integra el contingut del negoci en el sentit que les parts queden obligades no només al que s'expressa de manera literal, sinó també a les seues derivacions naturals, de tal manera que imposa comportaments adequats per donar al contracte complerta efectivitat amb vista a l'obtenció dels fins proposats..." (vid. també STS, de 10 de juny de 2010 i de 14 de març de 2017).

La STS, de 30 de gener de 2017, ha subratllat que "la virtualitat del principi general de bona fe com a norma modeladora del contingut contractual, capaç d'expulsar determinades clàusules del contracte, és defensable, almenys, per a les clàusules que suposen un desequilibri de la posició contractual de l'adherent, és a dir, les que modifiquen subreptíciament el contingut que l'adherent havia pogut representar-se com pactat d'acord amb la naturalesa i la funcionalitat del contracte; en el sentit que pot resultar contrari a la bona fe intentar traure avantatge de la predisposició, imposició i falta de negociació de clàusules que perjudiquen l'adherent. Així, l'art. 1258 CC ha estat invocat per blindar, enfront de pactes sorprenents, el que es coneix com el contingut natural del contracte (les conseqüències que, d'acord amb la bona fe, i segons les circumstàncies -publicitat, actes preparatoris, etc.- es deriven de la naturalesa del contracte)".

Un exemple el podem trobar en la STS, de 20 de novembre de 2009, en la qual es reputa contrària a la bona fe, en una permuta de solar per obra, la conducta del propietari dels terrenys no urbanitzables que, descontent amb l'acord, va incórrer en una total falta de col·laboració en la modificació urbanística que havia de precedir a l'edificació, i va fer que el pla no s'aprovara definitivament sinó vint-i-cinc anys després del contracte de permuta.

L'art. 65 TRLGDCU diu amb rotunditat que "els contractes amb els consumidors s'integraran, en benefici del consumidor, d'acord amb el principi de bona fe objectiva, també en els supòsits d'omissió d'informació precontractual rellevant".

**L'ús com a criteri d'integració.** L'ús presenta certes dificultats en la seua delimitació per la pluralitat de funcions que se li assignen al llarg del Codi Civil (arts. 1.3.II, 1258 i 1287 CC). En l'àmbit de l'art. 1258 CC, l'ús constitueix la

pràctica habitual o la forma normal de procedir en els contractes de determinada classe. Cal tenir en compte que, en canvi, en l'art. 1287 CC s'atribueix a l'ús tant la funció interpretativa com la integradora (suplint l'omissió de clàusules que ordinàriament solen incloure's). Una aplicació d'aquesta funció integradora de l'ús es troba també en l'art. 708.2 LEC quan permet solucionar la indeterminació d'alguns elements no essencials d'un contracte "d'acord amb el que siga usual en el mercat o en el tràfic jurídic".

Un exemple jurisprudencial pot veure's en la STS, de 9 d'octubre de 1981: ús sobre la distribució del risc d'autenticitat d'una obra d'art entre comerciants; en la STS, de 16 de febrer de 2007: possibilitat que els honoraris professionals de l'advocat siguen fixats per mitjà de l'aplicació dels barems col·legials, o en la STS, de 3 de juny de 2016: inclusió de la clàusula de desistiment sense indemnització com a ús constant de les parts en les seues relacions contractuals.

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

Assenyala Àngel Carrasco que la norma dispositiva es caracteritza per: a) subordinar el seu efecte a la prevalença d'un pacte en contra; i b) encara que no ho expresse, pot ser exclosa o modificada pels contractants només si, en primer terme, la norma no està dictada per protegir una part del contracte (que quedaria desprotegit en cas d'admetre la llibertat de pacte); en segon lloc, els efectes de la norma poden ser repartits entre les parts que desitgen el pacte en contra; i, finalment, no pretenen regular més interessos que els de les parts.

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

Aquest criteri apareix reflectit en l'art. 61.2 TRLGDCU, que estableix que:

"El contingut de l'oferta, la promoció o la publicitat, les prestacions de cada bé o servei, les condicions jurídiques o econòmiques i garanties ofertes són exigibles pels consumidors i usuaris, tot i que no figuren expressament en el contracte celebrat o en el document o comprovant rebut, i s'han de tenir en compte en la determinació del principi de conformitat amb el contracte".

Només s'exclou el cas en què les clàusules del mateix contracte siguen més favorables al consumidor que les publicidades (art. 61.3 TRLGDCU).

L'exigibilitat de les característiques incloses en l'oferta, la promoció i la publicitat també s'establia en l'art. 3.2 del Reial decret, de 21 d'abril de 1989, sobre informació que cal donar en la compravenda i arrendament d'habitatge.

En aquesta matèria incideixen profundament les modificacions introduïdes per la llei 29/2009, de 30 de desembre, per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat per a la millora de la protecció dels consumidors i els usuaris.

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

En conseqüència, si un promotor edita fullets publicitaris d'un edifici en què inclou una zona comunitària amb piscina i jardins, encara que els contractes o el títol constitutiu de l'edifici no facen referència a aquests elements d'esplai i no existisquen en la realitat (o que existisquen, però tinguen caràcter privatiu), els adquirents, siguen o no consumidors, poden exigir al promotor que l'habitatge o el local dispose d'aquests serveis o siguen compensats per la seua inexistència.

**Condicions generals, clàusules abusives i integració del contracte.** Una funció molt important de l'art. 1258 CC es planteja en els casos de condicions generals i clàusules abusives.

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

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

Com s'ha indicat, per a accentuar l'efecte dissuasiu de la declaració d'abusiva, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea prohibeix que els tribunals moderen el contingut de la clàusula abusiva, però en les seues afirmacions arriba a excloure (amb alguna contradicció) que pugui recórrer fins i tot a l'aplicació del dret dispositiu.

**Les "manifestacions i garanties" contractuals.** Per influència de la pràctica jurídica anglosaxona, és freqüent que en els contractes de certa rellevància, especialment d'adquisició d'empreses, s'incloguen les denominades

"manifestacions i garanties" (*representations & warranties*). En els sistemes anglès i nord-americà, aquesta inclusió s'explica per la manca de regles legals que completen els pactes de les parts: en aquest punt s'aprecia el diferent abast de les normes dispositives i dels criteris d'integració.

Les expressions utilitzades no han de confondre: no es tracta en sentit tècnic de garanties que proporciona una part a l'altra. Una part fa una manifestació o declaració sobre un fet o una circumstància vinculada al contracte i garanteix que allò que ha manifestat és cert a determinada data i, si escau, ho continuarà sent durant un període.

Per exemple, que la societat objecte de l'adquisició està degudament constituïda, que la societat ha complert regularment i degudament les seues obligacions fiscals o que no hi ha processos judicials o administratius pendents o oberts contra la societat.

Quines conseqüències produeix l'incompliment d'aquestes "manifestacions i garanties"? Normalment, el contracte preveu un mecanisme per a calcular un reajustament del preu o el pagament d'una indemnització en cas d'incompliment. La principal funció rau, doncs, en l'assignació a la part que fa aquestes manifestacions dels riscos previstos per aquest conjunt de declaracions, creences o prediccions, amb independència que l'altra part els haguera pogut descobrir durant el procés de *due diligence*.

F. Gómez Pomar ha assenyalat els efectes positius següents de la inclusió de clàusules de manifestacions i garanties:

a) Permet eliminar gairebé del tot el risc que la contingència negativa es considere únicament i merament vici ocult, amb els consegüents inconvenients quant als terminis de caducitat i de limitació dels remeis a l'estimatòria i la redhibitòria, llevat que es pugua acreditar la mala fe del venedor (art. 1486 CC).

b) Permet mitigar els riscos d'una *due diligence* poc efectiva.

c) Permet allunyar el risc que pugua considerar-se que una contingència negativa no afecte l'objecte principal del contracte.

d) En cas de ser aconsellable per al comprador la qualificació de la contingència com a vici ocult i la submissió al seu règim, la inclusió d'una manifestació i garantia explícita del venedor relativa a un esdeveniment o circumstància determinat pot tenir un doble efecte positiu per a l'interès del comprador: d'una banda, eludir la presumpció de coneixement del comprador expert ex art. 1484 in fine CC; d'un altra, facilitar la prova que el venedor ha de ser equiparat a un venedor de mala fe.

e) Permet, finalment, concretar algun dels atractius generals de la llibertat contractual, assenyaladament el d'adaptar la previsió de fets i circumstàncies rellevants per a les parts i les seues conseqüències jurídiques a les preferències de les parts i, si no hi ha hagut anomalies en el procés de formació i expressió de la llibertat contractual, al que significa la creació de valor conjunt per a les parts derivat de l'operació.

## 5. L'EFICÀCIA DEL CONTRACTE.

### 5.1. Preliminar

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

La regla bàsica en el nostre sistema és que el contracte només té efectes jurídic-obligatoris (crea, modifica o extingeix relacions obligatòries). Com es desprèn de l'art. 609.III CC, no té, en canvi, per regla general, efectes jurídic-reals (la transmissió de la propietat, per exemple, no es produeix amb el mer contracte).

**La necessitat d'una revisió de l'eficàcia del contracte.** No obstant això, aquest plantejament, sense ser fals, és manifestament incomplet. El contracte imposa una vinculació entre les parts i dissenya entre elles una reglamentació que en presidirà d'ara endavant el comportament.

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

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

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

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

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

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

Per exemple, en cas que el dipositari no restituisca al dipositant la cosa dipositada quan aquest es la demani, tal com li imposa l'art. 1766 CC, el dipositant pot interposar una demanda contra el dipositari exigint el compliment del que preveu el contracte.

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

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

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

- Quan les parts de comú acord, consenten a donar per extingit el vincle contractual (mutu dissentiment).

Cal recordar que el contracte no només constitueix relacions obligatòries, sinó que també pot extingir-les.

- Quan, excepcionalment, s'admet la rellevància de la voluntat unilateral, tractant-se de relacions de durada indefinida o basades en la confiança, o de relacions en què es vol protegir especialment una de les parts.

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

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

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

Si el contracte afectés a persones diferents dels seus autors, deixaria de ser una manifestació d'autonomia privada, i passaria a ser una regla heterònoma. Com assenyala Àngel Carrasco, no pot obligar-se per contracte qui no va consentir a aquest i esdevenir part de la relació negocial per la seva voluntat. El contrari comportaria un atemptat al principi d'autonomia, a la llibertat d'empresa i al lliure desenvolupament de la personalitat, el que fa que, en més d'un sentit, el principi de relativitat constituïska un instrument precís per a la garantia de valors constitucionals.

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

Podem considerar com a parts del contracte:

- a) Les persones que l'han atorgat, és a dir, els qui han emès les declaracions de voluntat o han realitzat els comportaments constitutius del negoci, i són a més titulars dels interessos reglamentats pel contracte. En cas que el contracte es faci mitjançant representant, part del contracte és el representat o "dominus negotii".

En conseqüència, el representant que intervé en el contracte no és part del mateix, llevat que ens trobem davant d'un supòsit en què el representant actua en nom propi (art. 1717 CC).

- b) Els hereus dels atorgants, ja que els hereus ocupen el lloc que en les relacions contractuals tenien els seus causants (arts. 659 i 660 CC). El mateix art. 1257.I CC estableix com a excepció a aquesta vinculació dels hereus que "els drets i obligacions que procedeixen del contracte no siguen transmissibles, per la seva naturalesa, o per pacte, o per disposició de la llei".

En conseqüència, el successor "mortis causa" a títol particular (o legatari) no queda vinculat pel contracte del causant. El successor "mortis causa" a títol universal (o hereu) pot limitar la seva responsabilitat als béns de l'herència, sense que afecti el seu propi patrimoni, si accepta l'herència a benefici d'inventari (art. 1023 CC).

En cas de fusió, escissió (total o parcial) i cessió global d'actiu i passiu, també han de ser considerades part les societats mercantils que reben la transmissió universal (arts. 22, 69, 70 i 81 de la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils).

- c) Els qui, mitjançant cessió o subrogació, passen a ocupar la posició de part del contracte.

En conseqüència, com veurem, si es produeix una cessió del contracte, el cessionari passa a tenir la condició de part del contracte cedit.



**Adquisició de drets i condició de part.** El principal problema es planteja pel que fa a les persones que han adquirit un bé o dret de la persona que n'era part, però sense que es produís expressament cessió o subrogació en el contracte (drethavents).

Per exemple, Cristina, que havia reparat la seva moto al taller de Carles, la ven després a Carolina. La reparació, com desgraciadament comprova més tard Carolina, va ser realitzada molt defectuosament. Pot Carolina dirigir-se directament contra Carlos, per incompliment contractual, tot i que no va ser part en el contracte d'obra (la reparació) que vinculava Cristina i Carlos?

Com a regla general, cal entendre que els drethavents no queden vinculats pel contracte anterior (no poden reclamar-ne el compliment, però tampoc es pot reclamar contra ells), per aplicació del principi de relativitat dels contractes.

Ara bé, cal tenir en compte que aquesta regla general coneix dues excepcions, de divers abast:

- D'una banda, en determinats supòsits, es preveu legalment la vinculació del causahavent a les relacions contractuals de la persona de qui en deriva la posició (per exemple, qui adquireix un immoble sotmès a la legislació arrendatícia urbana o rústica es pot veure obligat a respectar el contracte celebrat pel seu transmetent).
- D'altra banda, sense massa claredat, la jurisprudència va admetre que l'adquirent d'una finca reclamés contra el contractista pels vicis de la construcció, tot i que en el contracte d'obra eren part el contractista i el promotor (aquesta possibilitat apareix ara legalment prevista a la Llei 38/1999, de 5 novembre, d'Ordenació de l'Edificació).

El tercer posseïdor de la finca hipotecada (és a dir, qui adquireix una finca ja hipotecada en garantia d'un préstec sense subrogar-se en el deute) no és part del contracte de préstec. Tot i que el creditor hipotecari pot instar l'execució de la hipoteca per cobrar el seu crèdit, la qual cosa repercuteix clarament en la posició del tercer posseïdor, no es converteix en part del contracte del qual les obligacions estan garantides per la hipoteca ni del contracte que dona lloc a la hipoteca.

**Inoposabilitat d'excepcions derivades d'altres contractes.** El principi de relativitat, tot i referit a les parts del contracte, té també un vessant negatiu. Davant d'una obligació contractual, el deutor no pot oposar davant de la reclamació del seu creditor excepcions que tinguin el seu fonament en altres contractes que vinculen:

- a) Només tercers.

Per exemple, el venedor d'una bicicleta defectuosa no pot exceptuar que el defecte deriva d'una errada en el procés d'aliatge de l'alumini amb el qual es va fabricar la bicicleta.

- b) Una de les parts i un tercer.

Per exemple, el venedor d'un xalet no pot excusar la seva responsabilitat pels defectes constructius, al·legant que es deuen a un incompliment imputable al contractista que li va construir el xalet.

- c) Les mateixes parts, encara que no es pugui excloure l'abast de la compensació (art. 1195 i seg. CC).

Per exemple, un professor d'anglès que resideix en un hotel i imparteix classes als seus empleats no pot excusar el compliment del contracte d'ensenyament, al·legant que el contracte d'allotjament es compleix defectuosament. Ara bé, si els crèdits es converteixen en deute pecuniari, res no impedeix plantejar la compensació.

Com indica Àngel Carrasco, les excepcions puntuals previstes per l'ordenament, que permet l'oposició d'excepcions derivades d'altres contractes, com en el cas de la fiança (art. 1853 CC) o en la legislació de consumidors (art. 77 TRLGDCU, o art. 29 de Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum), corroboren que cal un fonament legal per a aquesta oposabilitat.

## 5.4. L'eficàcia del contracte respecte als tercers.

**La identificació dels tercers.** La noció de tercer pel que fa als efectes del contracte pot tenir un doble sentit:

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

Hi ha situacions que plantegen problemes encara no resolts definitivament en el nostre ordenament: és oposable a la societat un acord parasocial (entre els socis) que no tingui caràcter estatutari? La jurisprudència manté criteris contradictoris. En la doctrina, Antonio Perdices ha suggerit que la societat no quedarà sotmesa al pacte quan algun dels seus socis no en siga parts --ja que en aquest cas la presència d'un tercer estén aquesta qualitat a la societat-- i sí que ho farà sempre que tots els seus socis en siguem parts, ja que en aquest cas l'absència d'un tercer real i efectiu impedeix qualificar així la societat.

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

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

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

Indica la STS de 26 de maig de 1995 que "els contractes només produeixen efecte entre els quals els atorguen i els seus hereus i davant de tercers constitueixen «res inter alios acta», el que implica que, en principi, no actuen ni en contra ni en el seu benefici, si bé no es pot desconèixer que produeixen efectes reflexos, amb eficàcia jurídica indirecta per a ells --els tercers-- si els coneixen, el que en nom de la bona fe, li impedeix celebrar amb alguna de les parts un altre contracte que resulti incompatible o frustri la fi pretesa amb el primer contracte, sent de respectar igualment l'aparença del tràfic jurídic".

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

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

Per exemple, si, com a conseqüència de diferents contractes, Alfons deu 15.000 a Benet, 15.000 a Clara i 7.500 a Diana, i el patrimoni del deutor només és de 12.000, les possibilitats de cobrament de cada creditor dependran de les característiques tant del seu propi crèdit com el dels altres creditors. I així, encara que el contracte entre Alfons i Benet no vincula Clara ni a Diana, si el crèdit derivat d'aquest contracte té caràcter concursalment privilegiat, els seus efectes incidiran en Clara i Diana.

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

Per exemple, si Andrea ven en document privat el seu pis a Blas per 150.000 i, al cap d'uns mesos, torna a vendre-ho en escriptura pública a Cecília per 180.000, és evident que un dels dos contractes serà incomplert com a conseqüència del compliment de l'altre, tot i que les parts d'aquests contractes siguin diverses.

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

Per exemple, Almudena ven el seu pis a Blanca per 150.000 i, al cap d'uns mesos, Blanca torna a vendre-ho a Carlota per 180.000. Si el contracte entre Almudena i Blanca s'anul·la, llevat que concorrin mecanismes de protecció de tercers de bona fe, aquesta anul·lació implicarà la ineficàcia del contracte entre Blanca i Carlota, tot i que les parts d'aquests contractes siguin diverses.

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

Per exemple, Ángeles arrenda un local a Begoña perquè instal·li una perruqueria. Al seu torn, Begoña subarrenda a Carmen una part del local per oferisca els seus serveis de manicura. Si Begoña deixa de pagar a Angeles la renda del local i aquesta resol el contracte, aquesta resolució afectarà el

subarrendament entre Begoña i Carmen, tot i que les parts d'aquests contractes siguin diverses.

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

Per exemple, com a conseqüència d'un préstec, Adela deu 100.000 a Braulio. Per garantir aquest deute, la mare d'Adela, Celia assumeix la condició de fiadora de la seva filla. Encara que Celia és aliena al préstec entre Adela i Braulio, l'incompliment per part d'Adela projecta els seus efectes en l'esfera de la fiadora.

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

Com deia la STS d'1 d'abril de 1977, "el principi de la relativitat dels contractes, que se sol enunciar breument proclamant que les convencions només produeixen efecte entre les parts contractants, i no perjudiquen ni beneficien els tercers, és molt més complicat del que la seva formulació aparenta, ja que la paraula «tercer» emmalalteix de gran imprecisió, ja que no només exclou els contractants mateixos i a les persones representades per ells, sinó que, a més, segons el nostre Codi Civil exclou també als hereus dels que els atorguen, és a dir, als drethavents, bé a títol universal, bé a títol singular -- llegat, compravenda, donació-- pel que únicament queden marcats de l'eficàcia dels contractes dels tercers que són completament estranys als contractants, o siga, els anomenats «penitus extranei»; consegüentment, i per virtut de la regla «nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet», el causahavent a títol particular està lligat pels contractes celebrats pel causant de la transmissió amb anterioritat a aquesta, sempre que influïsquen en el contingut del dret transmès".

També assenyala la STS de 26 de juny de 2008 que "doctrina i jurisprudència han superat, per descomptat, la idea d'una absoluta irrellevància, o total separació, d'una concreta relació obligatòria respecte de tercers. S'admet un deure de respecte pel dret de crèdit i cal afirmar una posició generalment favorable al fet que el tercer que viola, per dol o negligència, un dret aliè, assumisca una determinada responsabilitat".

## 5.5. El contracte a favor de tercer.

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

Segons la jurisprudència, en el contracte amb estipulació a favor de tercer "entre estipulant i promitent es convé una prestació a favor de tercer que confereix a aquest, en el cas que haja acceptat (el que pot haver-se realitzat expressa o tàcitament) un dret a exigir la prestació convinguda" (STS de 9 de març de 2006).

No entren en aquesta categoria el benefici obtingut per un tercer d'un contracte al qual és aliè (per exemple, obligació contractual de no edificar respecte a un subjecte, però que beneficia a tots els veïns), o la prestació a favor de tercer que no té dret per a reclamar-la (per exemple, la serenata per a la núvia). La jurisprudència indica que "l'estipulació a

favor de tercer és diferent de la prestació a tercera persona en la qual aquesta és únicament destinatària de la prestació, però sense facultat d'exigir el seu compliment" (STS de 14 de juny de 2011).

Es tracta per tant del supòsit de fet en què una persona (estipulant) contracta amb una altra (promitent), que aquest últim faci una prestació a favor d'un tercer, anomenat beneficiari. Cal destacar que aquest esquema pot respondre a qualsevol tipus negocial. No és una concreta categoria contractual, sinó que es pot aplicar a una pluralitat de contractes (assegurances, renda vitalícia, transport, aliments, etc.).

Per exemple, en una assegurança de vida es designa com a beneficiari el fill de l'assegurat; s'acorda amb una entitat financera una renda vitalícia per una persona en favor de la seva esposa; s'envia un paquet a ports pagats des de València a Santander; s'envia un ram de flors, a través d'una floristeria, a una amiga; un pare celebra un contracte d'aliments perquè una empresa especialitzada presti assistència al seu fill amb discapacitat.

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

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

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

**Relacions derivades del contracte a favor de tercer.** Entre promitent, estipulant i beneficiari poden esdevenir-se les següents relacions:

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

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

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

l'estipulant i el beneficiari (per exemple, en cas de "causa donandi", s'aplica el règim de les donacions).

c) Relació entre promitent i beneficiari. La principal conseqüència de l'estipulació a favor de tercer és que el beneficiari pot exigir al promitent el compliment de la prestació. Cal identificar quines excepcions pot al·legar el promitent davant de la reclamació del beneficiari. El promitent pot oposar eficaçment les excepcions derivades de les condicions objectives del dret del beneficiari i les derivades del contracte mateix del qual el beneficiari deriva el seu dret. En canvi, no són oposables les excepcions derivades de qualsevol altra relació entre promitent i estipulant i les derivades de la relació entre beneficiari i estipulant.

## 5.6. El contracte per a persona que es designarà.

**Delimitació del contracte per a persona que es designarà.** Aquesta modalitat no té regulació en el Codi Civil, tot i que ha tingut una certa difusió en el tràfic jurídic, sobretot el relatiu a la compravenda immobiliària.

La STS de 21 de novembre de 1997 va parlar d'"un contracte atípic, que ha sorgit amb gran èmfasi en la vida comercial i econòmica actual, per tal d'evitar operacions reduplicades i sobretot per evitar o defugir diverses actuacions impositives".

Aquesta modalitat va tenir certa difusió en les subhastes judicials, on el bé es pot adjudicar a l'executant amb reserva de cessió de la rematada (art. 647.3 LEC). Diu la STS de 16 de juny de 2008 que "aquesta modalitat de contracte, prevista expressament en alguna de les legislacions properes a la nostra [...] no està regulada en el nostre Codi Civil, el que no vol dir que no siga permesa a per la seva art. 1255 [...], tant més si variants de la mateixa s'han consolidat en el procés d'execució --arts. 647.3 de la vigent Llei d'Enjudiciament Civil i 1499.3 de la de 1881--".

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

Per exemple, tres amics decideixen arrendar un local per instal·lar-hi un negoci. Pretenen constituir una societat limitada per gestionar l'empresa, però encara no han conclòs els tràmits. Per assegurar el local, encara que no puguin ocupar-lo fins passats uns mesos, celebren immediatament el contracte d'arrendament a nom dels tres, reservant-se la possibilitat que el contracte definitiu s'atorgui a nom de la societat limitada.

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

**Efectes del contracte per a persona que es designarà.** La perfecció del contracte es produeix amb el consentiment de l'estipulant i del promitent, sense

que en aquell moment siga necessari el consentiment de la persona que es designarà en un moment posterior.

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

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

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

## 5.7. Contracte amb promesa del fet d'un tercer.

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

Per exemple, una empresa vol contractar els serveis d'un consultor, Luis Vidaurreta Ximénez, i aquest li indica que contracte amb la mercantil Luis Vidaurreta Ximénez, SL. En el contracte s'estableix que els serveis de consultoria seran prestats de forma directa i personal precisament per Luis Vidaurreta Ximénez.

La SAP de Barcelona de 24 de novembre de 2000 defineix la promesa del fet tercer com "contracte atípic en el nostre ordenament positiu, pel qual el promitent assumeix enfront del promissari el risc que el tercer no complisca, garantint al creditor que la seva interès serà satisfet, el que coincideix amb la previsió continguda en l'art. 1381 del Codi italià...".

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

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

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

## 5.8. El contracte en dany de tercer.

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

Per a evitar que una petita empresa informàtica pugui, gràcies a un nou programa, obtenir una posició d'importància en el mercat, una altra empresa es dirigeix a tots els que havien adquirit aquest producte, oferint-los un producte similar, però de menor qualitat, a un preu molt inferior, i altres avantatges comercials.

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

Certament, si al local contigu a un petit establiment de fruïteria, s'instal·la una cadena de supermercats, amb uns preus i qualitats millors als d'aquest establiment, el titular de l'establiment resultarà perjudicat pel contracte que ha permès la instal·lació d'aquesta cadena, però no es lesiona cap dret subjectiu.

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

- a) Si la finalitat de causar un dany a tercer és comuna a les dues parts del contracte, som davant d'un supòsit de causa il·lícita, que significa la nul·litat del contracte (arts. 1275, 1305 i 1306 CC). Aquesta nul·litat pot ser instada pel tercer perjudicat.
- b) Si la finalitat de causar un dany a tercer només concorre en una de les parts, i és desconeguda per a l'altra, causalment el contracte és vàlid, però no es pot descartar que el contracte en dany de tercer siga nul per contradicció amb una norma imperativa, especialment les que tutel·len la competència (Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, i Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència).

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

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

Cal recordar que d'acord amb l'art. 14.1 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, "es considera deslleial la inducció a treballadors,



proveïdors, clients i altres obligats, a infringir els deures contractuals bàsics que han contret amb els competidors".

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

## 5.9. El subcontracte.

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

Per exemple, en el cas de l'accident de l'avió Yakovlev-42, el 26 de maig de 2003, el Ministeri de Defensa espanyol va encomanar l'execució del transport entre Kabul i Saragossa i Torrejón de Ardoz a l'agència Namsa, dependent de l'OTAN, la qual, al seu torn, va subcontractar a Chapman Freeborn Airmarketing GmbH, que, finalment, va encarregar l'efectiu transport a Ukranian Mediterranean Airlines (UM Air): STS de 3 de setembre del 2012.

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

Per exemple, un empleat de banca lloga un habitatge amb tres habitacions, i sotsarrenda dues d'aquestes habitacions a uns estudiants. L'arrendament d'habitatge se celebra entre l'empleat de banca (com a arrendatari) i el propietari (com a arrendador); i el sotsarrendament entre l'empleat de banca (com sotsarrendador) i els estudiants (com sotsarrendataris).

La característica principal del subcontracte rau en el fet que genera una nova relació contractual, i manté el contracte entre les parts originàries, a diferència de la cessió de contracte que, com veurem, significa la transferència d'una posició contractual, de manera que se substitueix a una de les parts originàries. El subcontracte comporta, doncs, una concatenació i pluralitat de relacions contractuals.

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

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

Si el contracte entre el propietari del pis i l'empleat de banca es resol, els estudiants no tenen una pretensió al manteniment en l'ús de les habitacions que tenien llogades.

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

Si l'empleat de banca deixa de pagar la renda, el propietari no pot, en principi, exigir-la als estudiants, si aquests no li deuen a l'empleat la renda per les habitacions.

En relació amb l'art. 1597 CC, la STS de 31 de desembre de 2002 assenyala que "el subcontracte constitueix un contracte independent i autònom, que genera relacions jurídiques entre les parts que en ells intervé, el subcontractant i subcontractista, excepte l'acció directa en els supòsits que preveu l' art. 1597 CC".

## 5.10. La cessió de contracte.

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

Sintetitza la STS de 29 de maig de 2015 que la cessió de contracte és "el negoci jurídic conclòs entre les parts contractuals i un tercer, la finalitat és substituir una d'elles per aquest tercer" i es "destaca la necessitat de la conjunció de 3 voluntats contractuals".

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

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

Per exemple, una empresa ha arrendat un local, per vint anys i una renda molt baixa. Una altra empresa desitja instal·lar-se a la zona i negocia amb la primera empresa la cessió del contracte d'arrendament per ocupar aquell local, pel temps que li resta al contracte i amb la renda que es pagava (d'acord amb l'art. 32 LAU, la renda augmentarà un 20%, però l'arrendador no pot impedir, si res no es va indicar en el contracte, la cessió).

Sembla obvi que la primera empresa estarà disposada a cedir el seu contracte d'arrendament només si la segona li abona una quantitat dinerària (cessió onerosa), però

pot succeir també que la segona no aboni res i que la primera es conformi amb l'estalvi que li significa el no pagar la renda (cessió gratuïta).

**Naturalesa jurídica de la cessió del contracte.** Quant a la seva naturalesa jurídica, sempre s'ha qüestionat com era possible que es produís la transmissió de drets i obligacions derivats del contracte. Referent a això s'han formulat diverses teories:

- a) La teoria atomista considerava que no es tractava sinó de la cessió de cadascun dels crèdits i de cadascuna de les obligacions contractuals. No hi havia un únic negoci, sinó una sèrie de negocis diferents que es presentaven vinculats entre si.
- b) La teoria unitària, per contra, assenyalava que existia una transferència única, referida a una posició contractual, que es transferia com un tot. No es referia només als purs drets i a les pures obligacions, sinó a qualssevol efectes contractuals.
- c) Finalment, es distingeix entre el títol i l'objecte de la transferència, i s'indica que la unitat està en el títol, i no en l'objecte de la transferència. Ara bé, les parts volen també el manteniment en vigor del vell contracte sense novació extintiva.

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

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

La justificació d'aquesta rellevància del consentiment del contractant cedit és fàcil de comprendre: el cessionari no només assumeix els crèdits, sinó també els deutes. I el canvi de deutor sempre requereix consentiment del creditor (art. 1205 CC).

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

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

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

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

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

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

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

a) si les garanties van ser prestades per un tercer, s'ha d'entendre que aquestes garanties s'extingeixen per la cessió, llevat que el garant en consenti el manteniment;

b) si les garanties han estat prestades pel contractant cedent, s'ha d'entendre que subsisteixen després de la cessió, llevat que el contractant cedit admeti l'alliberament del garant.

MATERIAL D'ÚS INTERN. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA. PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓ

## 6. LA INEFICÀCIA DEL CONTRACTE.

### 6.1. Preliminar: ineficàcia i invalidesa del contracte.

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

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

I se solen identificar les causes d'invalidesa amb la manca o el vici d'un element essencial del contracte, o amb la contradicció amb una norma imperativa.

Els casos en els quals sol justificar-se la necessitat de distingir entre validesa i eficàcia (l'art. 1953 CC que exigeix un títol vàlid per a la usucapció ordinària, però que és ineficàcia per a l'adquisició de la propietat; l'exigència de títol en l'art. 34 LH, que ha de ser vàlid, però també ineficàcia per adquirir la propietat, la necessitat que la compravenda que dona lloc a l'evicció, conforme a l'art. 1475 CC, siga vàlida, però ineficàcia perquè el comprador adquireix la propietat) poden explicar-se raonablement des de la distinció entre el pla jurídic-obligacional i jurídic-real.

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

Clarament, l'art. 1290 CC permet la rescissió, que és un tipus d'ineficàcia, dels "contractes celebrats vàlidament".

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

**Supòsits d'ineficàcia contractual.** Quines són les situacions que poden comportar la ineficàcia del contracte? La ineficàcia no té un tractament unitari en

el Codi Civil, que a més fa servir una terminologia no sempre gaire precisa. Per això, ha estat la doctrina la que s'ha esforçat per a perfilar aquestes situacions.

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

- a) La nul·litat.
- b) L'anul·labilitat.
- c) La rescissió.
- d) La resolució.
- e) La denúncia.
- f) El desistiment mutu.

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

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

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

Prescindim ara de l'anàlisi de la resolució del contracte, perquè ha estat analitzada amb ocasió de l'incompliment de les relacions obligatòries sinal·lagmàtiques. I abans d'entrar en l'anàlisi de cadascuna d'aquestes categories, cal prèviament determinar quin és el plantejament del Codi Civil al voltant dels casos d'ineficàcia que deriven de supòsits d'invalidesa, és a dir, la nul·litat i l'anul·labilitat.

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

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

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

Com assenyala Àngel Carrasco, està fermament assentat jurisprudencialment i doctrinalment un sistema dual de nul·litats. És una distinció que es va imposar a partir de la dècada dels trenta del segle XX, per influència doctrinal alemanya i italiana, i que va reduir l'espectre jurídic de les nul·litats a aquesta dicotomia.

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

Veurem també que, per accentuar la confusió, la inexistència és una categoria que la jurisprudència sol fer servir de vegades per a acompanyar la nul·litat i l'anul·labilitat. I, per la jurisprudència, inexistència és una cosa diferent que per al Codi Civil.

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

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

Diu la STS de 10 d'abril de 2001 que "en matèria d'ineficàcia dels contractes resulten perfectament diferenciables els conceptes d'inexistència o nul·litat radical, d'una banda, i de nul·litat relativa o anul·labilitat, d'una altra. En el primer es comprenen els supòsits en què o falta algun dels elements essencials del contracte que enumera l'art. 1261 CC, o el mateix s'ha celebrat vulnerant una norma imperativa o prohibitiva. El segon es reserva per a aquells altres en què en la formació del consentiment dels atorgants ha concorregut qualsevol dels anomenats vicis de la voluntat (error, violència, intimidació o dol). No obstant això, el Codi Civil no té un tractament precís de la ineficàcia contractual, doncs: a) Es troba a faltar una regulació sistemàtica de la nul·litat radical o absoluta, a la qual en

general la doctrina assimila la inexistència. b) El vocable "nul·litat" que figura a la rúbrica del capítol IV, del títol II de la seva Llibre Quart i en els arts. 1300, 1301 i 1302 s'ha d'entendre que es refereix únicament a la nul·litat relativa o anul·labilitat, ja que el primer d'aquests preceptes part de la base que els contractes que poden ser anul·lats per mitjà de l'exercici de l'acció que es regula en els altres dos, són aquells "en què concorren els requisits que expressa l'art. 1261". c) Els arts. 1305 i 1306, per la seva banda, al·ludeixen sens dubte a casos de nul·litat de ple dret o absoluta. d) Finalment, altres preceptes, com els arts. 1307 i 1308 són de comú aplicació a ambdues espècies de nul·litat".

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

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

Un element sobrevingut accentua la confusió. En les successives reformes del Codi Civil, el legislador ha intentat utilitzar les categories de nul·litat i anul·labilitat en un sentit més tècnic, o si més no, més proper al seguit per la jurisprudència (vegeu, per exemple, l'art. 1322 CC). En conseqüència, en el propi text del Codi Civil ens trobarem amb casos en què els termes estan utilitzats en un sentit tècnic adequat i altres en què haurem de prescindir de la seva literalitat.

La important tasca jurisprudencial amb vista a la construcció de les categories de nul·litat i anul·labilitat ha desembocat en la decantació d'una sèrie de criteris distintius entre totes dues figures pel que fa a la legitimació (qui i contra qui es pot exercir l'acció), el termini d'exercici i els efectes de les accions. Un cop qualificat el supòsit com nul·litat o anul·labilitat, aquesta doctrina jurisprudencial s'aplica, en general, en la seva integritat, prescindint de vegades dels matisos que imposa cada supòsit concret.

El plantejament jurisprudencial presenta l'avantatge de la seva simplicitat (o és nul·litat o és anul·labilitat), però en aquest punt rau també el seu principal defecte, ja que de vegades perd de vista les particularitats de cada cas d'ineficàcia.

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

Aquest plantejament es comprova immediatament a la diferent legitimació activa que es predica de cada acció: més àmplia en la nul·litat, substancialment més reduïda en



l'anul·labilitat. Les principals diferències entre la nul·litat i l'anul·labilitat es plantegen en el pla dels pressupòsits, més que en el dels efectes de la ineficàcia.

El problema es planteja en aquells casos en que l'ordenament estableix la invalidesa o la ineficàcia del contracte, sense precisar si es tracta de nul·litat o d'anul·labilitat. Com resoldre els casos dubtosos, mancats d'un criteri legal exprés? Per a delimitar quan és aplicable un règim o l'altre s'han proposat diversos criteris: els elements estructurals afectats; la intensitat de la gravetat de la irregularitat negocial; la finalitat perseguida pel legislador en sancionar la infracció d'una regla; la naturalesa (pública o privada) de l'interès protegit per la norma; o la preferència de la nul·litat absoluta, per ser la regla en cas de contravençió de norma imperativa (art. 6.3 CC).

J. Delgado i M<sup>a</sup>.Á. Parra suggereixen que en el terreny de la protecció de consumidors i usuaris el mecanisme de l'anul·labilitat dels contractes s'estendrà per ser preferible al de la nul·litat de ple dret, precisament perquè aquell està dissenyat per protegir una de les parts contractants front de l'altra.

**Les accions relatives a la ineficàcia: acció declarativa i acció restitutòria.** Tant pel que fa a la nul·litat com a l'anul·labilitat es distingeixen dues accions diferents:

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

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

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

**Nul·litat, anul·labilitat i remeis enfront de l'incompliment.** És molt important tenir en compte les diferències entre les accions d'invalidesa (en particular, de nul·litat i d'anul·labilitat) i els remeis enfront de l'incompliment. Teòricament la distinció és senzilla: els supòsits de nul·litat i d'anul·labilitat deriven de defectes o mancances estructurals en els elements essencials del contracte, mentre que els remeis enfront de l'incompliment pressuposen que en el contracte no hi ha defecte o mancança, però en el seu desenvolupament s'ha produït alguna mena de patologia (és a dir, parteixen de la validesa del contracte i aquest contracte s'ha incomplert).

Sense negar aquesta premissa, no es pot amagar que tant les accions d'invalidesa com els remeis enfront de l'incompliment són activats quan el contractant que està legitimat per al seu exercici detecta que l'operació econòmica articulada mitjançant el contracte té efectes negatius o pot tenir-los en un futur. Aquesta similitud és especialment clara si es comparen les accions d'invalidesa amb la resolució per incompliment. Tot i que els seus pressupòsits són diferents, tant les accions d'invalidesa com la resolució per incompliment busquen bàsicament la desvinculació dels contractants i la restitució de les prestacions efectuades; a més, en ocasions, tant les unes com l'altra, es poden veure acompanyades per una indemnització de danys. Per això, no és estrany que els demandants puguin plantejar una d'aquestes accions com a principal i l'altra com subsidiària (per exemple, se sol·licita a la demanda l'anul·lació del contracte per error; i, subsidiàriament --si no prospera l'anul·lació--, que siga resolt per incompliment, afegint-se, en ambdós casos, la indemnització dels danys causats).

Per exemple, en el cas analitzat per la STS de 7 d'octubre de 2011, es transmet un estanc sense la corresponent autorització prèvia administrativa. El Tribunal Suprem qualifica el contracte de nul per causa il·lícita (contravenció amb norma imperativa); però si la manca d'autorització impedeix el desenvolupament de l'activitat al comprador també es podria plantejar que no hi ha nul·litat, sinó incompliment contractual.

La possible confusió pot donar-se quan es tracta d'obligacions precontractuals d'informació o de documentació: l'incompliment d'aquestes obligacions és considerat causa d'anul·labilitat en l'art. 7.2 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum o en l'art. 100 TRLGDCU. I, en efecte, els innumbrables litigis sobre productes financers evidencien la poca precisió dels demandants i dels tribunals en fer servir les categories de nul·litat, anul·labilitat o resolució: era molt freqüent que els demandants, basant-se en els mateixos fets, al·leguessin que, davant la falta d'informació adequada subministrada per l'entitat financera, el contracte era nul (per contravenció de norma imperativa), anul·lable (per error en el consentiment) o resoluble (per l'incompliment de les obligacions d'informació de l'entitat).

## 6.3. La nul·litat del contracte.

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

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

- a) Es tracta d'una ineficàcia causada per un defecte estructural del contracte, fonamentalment la manca d'algun dels seus elements essencials o la infracció de normes imperatives o de la moral i l'ordre públic.
- b) Implica una absoluta manca d'efectes.
- c) Té un abast "ipso iure", sense necessitat de pronunciament judicial. La sentència que reconeix la nul·litat té caràcter declaratiu, amb una eficàcia

"ex tunc", ja que mai no ha produït efectes, i es constata una ineficàcia ja existent.

Per això, cal establir regles de restitució i de liquidació de la situació anterior. La qüestió rau en determinar quina transcendència té a aquests efectes la imputació de la causa de la invalidesa.

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

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

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

La STS de 24 d'abril de 1996 (i la STS de 5 de maig de 2008) assenyalen que "la jurisprudència civil admet la possibilitat de declarar d'ofici, la nul·litat radical o absoluta de les relacions contractuals, però ha precisat de manera ben delimitada els supòsits en què és procedent i justifica, per evitar el perill de proliferació de nul·litats excessives en aquelles qüestions que entren en l'àmbit de l'autonomia de la voluntat i que han de deixar-se a la iniciativa i interès de les parts "i indica que l'ordenament processal "no impedeix als tribunals decidir «ex officio» [...] la ineficàcia o inexistència dels negocis radicalment nuls, en els supòsits en què les seves clàusules puguin emparar fets delictius o ser manifesta i notòriament il·legals, contràries a la moral, a l'ordre públic, il·lícites o constituïdes de delictes i fan que els tribunals constatin la ineficàcia més radical de determinada relació obligatòria. Pel contrari, no procedeix declarar d'ofici la nul·litat d'aquells contractes no afectats de buit i l'aparença jurídica correcta merezca el degut respecte, mentre no siguin impugnats en forma o eficaçment, donant així oportunitat a l'altra part per a la seva defensa..."

La qüestió de l'apreciació d'ofici de la nul·litat s'ha plantejat en diversos litigis relatius a estacions de servei entre els que les exploten i els seus proveïdors (per contrarietat amb l'art. 81 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea). I el Tribunal Suprem ha dit que "sobre la possibilitat de declarar d'ofici la nul·litat de negocis jurídics sense haver-la demanat cap de les parts, és cert que aquesta possibilitat s'admet per la jurisprudència d'aquesta Sala amb base en l'art. 6.3CC [...]; però no ho és menys que la mateixa jurisprudència exhorta a la prudència i moderació dels tribunals tant a l'hora d'exercir aquesta facultat com a la de declarar la nul·litat total en comptes de la solament parcial [...], ja que la sanció de nul·litat s'ha de reservar per als casos en què concorrin transcendents raons que facin palès el caràcter de l'acte greument contrari a la llei, la moral o l'ordre públic [...] Més concretament, pel que fa a negocis jurídics entre les companyies proveïdores i els explotadors d'estacions de servei, aquesta Sala, com no podia ser menys, ha declarat que són nuls de ple dret els contractes que resultin incompatibles amb el dret comunitari de la competència [...], però al mateix temps s'ha mostrat contrària al fet que tal nul·litat s'apreciï d'ofici pels tribunals al marge de les pretensions inicials de les parts, al marge de l'àmbit de la segona instància delimitat pel recurs, recursos i, si escau adhesió o impugnació subsegüent del recurs i, menys encara, fent de la cassació un litigi totalment diferent del plantejat en primera instància" (STS de 21 de maig de 2012).

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

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

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

No tots els contractes nuls són susceptibles de conversió. Hi ha causes de nul·litat que no justifiquen la conversió (per exemple, quan es contradia l'ordre públic). En el fons, com ja va suggerir Federico de Castro, la conversió és un efecte de la interpretació i qualificació correcta del contracte.

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

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

- a) La manca de consentiment, objecte o causa (art. 1261 CC).
- b) La indeterminació o il·licitud de l'objecte (arts. 1271 i ss. CC).
- c) La il·licitud de la causa (art. 1275 CC).
- d) La falta de forma quan siga necessària amb caràcter substancial.

Com a mostra del grau de flexibilitat de les categories d'ineficàcia, a disposició del legislador, l'incompliment de la forma escrita prevista a l'art. 16.1.I dona lloc a l'anul·labilitat del contracte (art. 21.1 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum).

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

La contravenció de norma imperativa o prohibitiva només comporta la nul·litat de ple dret, si la norma vulnerada no estableix un efecte diferent per al cas de contravenció (art. 6.3 CC).

La jurisprudència no ha mantingut un criteri uniforme sobre la rellevància de la contravenció de normes sectorials administratives (per exemple, venda d'habitatges de protecció oficial amb sobrepreu; préstecs concedits per casinos als jugadors; garanties exigides als promotors d'habitatges en construcció sobre les quantitats anticipades). El plantejament tradicional del Tribunal Suprem era la irrellevància civil d'aquesta contravenció: el contracte era civilment vàlid, sense perjudici que l'incompliment de la normativa administrativa generés les corresponents sancions administratives. No obstant això, en els últims anys, la jurisprudència matisa els seus criteris, atenent a l'interès tutelat per la norma administrativa vulnerada. Si la norma administrativa vol protegir el contractant,

s'ha d'entendre que li permet exigir aquesta protecció també en el pla civil i plantejar la nul·litat del contracte. Si, en canvi, la norma administrativa contempla fonamentalment un interès general, el contracte serà vàlid i només s'activarà la sanció administrativa.

En la doctrina s'enumeren altres causes de nul·litat (la qualificació és discutible) com la falta de consentiment unànime dels comuners a la disposició de la cosa comuna; o els negocis celebrats sense poder o per qui no té poder suficient (art. 1259 CC).

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

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

Diu la STS de 24 d'abril de 2013 que "la doctrina dels actes propis no impedeix la legitimació impugnatòria dels simulants entre si en el cas de simulació contractual perquè s'està atacant un contracte sense realitat ni efecte jurídic".

Assenyala J.R. García Vicente que la regla de la legitimació activa àmplia té dues restriccions evidents en seu jurisprudencial: d'una banda, la subjecció del seu exercici a la bona fe en sentit objectiu, on cobra especial vigor la regla "nemo auditur" i que té per efecte material la negació de la regla; d'altra banda, la no aplicació a alguns grups de casos, com passa amb els préstecs usuraris en què no s'admet que el prestador pugui impugnar el contracte o en els casos de defectes formals imputables a una part que tracta d'eludir el compliment del contracte (o els riscos d'incompliment) amb el recurs a la nul·litat del contracte.

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

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

Quin és el termini d'exercici de l'acció? Cal recordar la distinció apuntada entre acció de declaració i de restitució. L'acció de declaració té caràcter imprescriptible: el pas del temps no pot conferir validesa al contracte que no la tenia inicialment. Ara bé, l'acció de restitució està sotmesa al termini general de prescripció de 5 anys (art. 1964.2 CC), sense que es pugui excloure la possibilitat que les coses objecte del contracte nul siguin usucapides pel transcurs dels terminis legals.

Si concorren tercers mereixedors de protecció (adquirents de bona fe i a títol oneros: arts. 464 CC i 34 LH), no serà possible que les coses objecte del contracte siguin restituïdes "in natura".

Encara que, com hem dit, el contracte nul no produeix efectes jurídics, i per tant sembla que no seria necessari analitzar les conseqüències de la nul·litat, a la pràctica sí que és possible que, sobre la base d'un contracte nul, les parts hagen efectuat diverses prestacions. Per això, cal determinar què passa amb aquestes

prestacions efectuades (pel que fa a les no efectuades, la constatació de la inexistència del vincle contractual n'evita el compliment).

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

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

És evident que, amb la seva referència a la cosa i el preu, l'art. 1303 CC està pensant en un contracte de compravenda, com a prototip.

La qüestió de la retroactivitat de la nul·litat ha aconseguit una especial rellevància, en considerar-se nul·les les clàusules sòl en els préstecs hipotecaris. Havien les entitats financeres de restituir (o compensar) les quantitats abonades fins a la declaració de nul·litat com a conseqüència de l'aplicació d'aquestes clàusules sòl? A la STS de 9 de maig de 2013 es va indicar que els efectes restitutoris de les prestacions derivats de la manca de validesa del títol de l'atribució patrimonial, en haver quedat aquesta sense causa que la justifiqui, havien de limitar-se en el cas de l'abusivitat, per falta de transparència, de les clàusules sòl objecte d'aquell procediment en què s'exercitava una acció col·lectiva, de manera que no afectés els actes consumats, és a dir, les quantitats ja pagades fins al moment de l'apreciació de l'abusivitat de la clàusula, per raó de les peculiars circumstàncies que concorrien en relació a l'abusivitat apreciada. Aquesta era la raó que, utilitzant una expressió prou expressiva, es parlés de limitar la "retroactivitat" dels efectes de la declaració de nul·litat. Aquesta solució es justificava, entre altres raons, per exigències del principi de seguretat jurídica, atès que es tractava de clàusules en principi lícites, la inclusió de les quals en els contractes a interès variable responia a raons objectives (en particular, el cost dels diners, constituït majoritàriament per recursos minoristes, dipòsits a la vista i a termini, amb elevada inelasticitat a la baixa a partir de determinat nivell del preu del diner, i les despeses d'estructura necessaris per produir i administrar els préstecs, que són independents del preu del diner), i que no es tractava de clàusules inusuals o extravagants, la utilització de les quals havia estat tolerada molt de temps pel mercat, i l'abusivitat no era intrínseca sinó que derivava exclusivament de la seva falta de transparència. S'adduïa també que la Llei 2/1994, de 30 de març, sobre subrogació i modificació de préstecs hipotecaris, permetia al prestatari la substitució del creditor. I, per acabar, es declarava també que la "retroacció" dels efectes de l'apreciació d'abusivitat fins al moment mateix de subscripció del préstec hipotecari (o més exactament, el moment en què la limitació a la baixada de l'interès va començar a ser efectiva) generaria el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic. La STS de 29 d'abril de 2015 va confirmar aquesta doctrina, aplicant-la a un cas en què l'exercici de l'acció no era col·lectiu, sinó individual.

No obstant això, la STJUE de 21 de desembre de 2016 va considerar que era contrària a la Directiva 93/13 una jurisprudència nacional que limités en el temps els efectes restitutoris vinculats a la declaració del caràcter abusiu. Amb això, imposava que la declaració d'abusivitat (i, per tant, de nul·litat) d'una clàusula tingués efectes retroactius. En aplicació d'aquesta doctrina, el Tribunal Suprem va canviar el seu criteri i, a partir de la STS de 24 de febrer de 2017, va conferir efectes retroactius a la declaració de nul·litat de l'anomenada clàusula sòl.

A més, per intentar agilitzar el procediment de devolució de quantitats, es va promulgar el Reial decret llei 1/2017, de 20 de gener, de mesures urgents de protecció de consumidors en matèria de clàusules sòl.

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

Planteja dificultats la coordinació d'aquesta regla amb l'art. 1314.I CC, en virtut del qual si la cosa s'ha perdut per culpa o dol de qui podia exercitar l'acció, l'acció de nul·litat s'extingeix. En el plantejament del Codi Civil no queda clar si aquesta norma consagra un supòsit de confirmació tàcita (aplicable només a l'anul·labilitat) o es predica de qualsevol classe d'ineficàcia.

- L'obligació de restitució té caràcter recíproc i ha de ser complerta simultàniament (art. 1308 CC).
- A més, el Codi Civil dicta regles específiques (arts. 1305 i 1306 CC) per a uns supòsits molt concrets de nul·litat: la causa inadequada ("causa turpis"), i distingeix en funció de dos factors: a) si la causa inadequada és o no constitutiva de delicte; b) si la causa inadequada és comuna als dos contractants o no.

La clau d'aplicació d'aquestes normes es troba doncs en dos factors: a) quin tipus d'infracció s'ha comès; b) a qui és imputable aquesta infracció. Combinant aquests factors, es generen quatre hipòtesis: (1) infracció penal comú (art. 1305.I CC); (2) infracció penal imputable a una sola de les parts (art. 1305.II CC); (3) causa inadequada o il·lícita que no constitueix delicte imputable a ambdues parts (art. 1306.1<sup>a</sup> CC); i (4) causa inadequada o il·lícita que no constitueix delicte imputable a una de les parts (art. 1306.2<sup>a</sup> CC). Aquestes normes pretenen desincentivar la celebració de contractes nuls.

a) En cas de delicte o causa inadequada comuna a ambdues parts, les parts "no tenen cap acció entre si" (no poden exigir el compliment, ni la restitució del que executat) i s'aplicaran les regles del Codi Penal "pel que fa als efectes o instruments del delicte" (pena de comís: arts. 127 a 129 CP).

b) En cas de delicte o causa inadequada imputable a una sola de les parts (per exemple, delicte d'estafa), aquell a qui siga imputable el delicte no pot exigir el compliment, ni la restitució d'allò executat. Però l'altra part "podrà reclamar allò que hagués donat, i no estarà obligat a complir allò que hagués promès".

La STS de 25 de gener de 2013 declara que "no podem oblidar que la reprovació civil de l'art. 1305 CC no només té un efecte punitiu sinó també essencialment dissuasiu, que aquest Tribunal no pot descartar ni eludir".

- No hi ha regles generals relatives a les conseqüències de la nul·litat d'un contracte en els altres contractes vinculats amb el declarat nul (la propagació de la invalidesa).

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

mutillar-se i alterar-se, i que per tant no és possible sinó una nul·litat que no siga sempre total.

De vegades, les parts introdueixen en els seus contractes les denominades clàusules salvatòries, per a establir la validesa parcial del contracte malgrat la seva ineficàcia parcial. Òbviament l'abast d'aquesta clàusula depèn de l'element afectat per la ineficàcia (mancarà, per exemple, de transcendència si afecta un element essencial), de manera que, com apunta Ángel Carrasco, l'abast d'una clàusula salvatòria no va més enllà que establir una presumpció favorable a la subsistència de la resta del contracte.

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

Un cas d'ineficàcia parcial és el relatiu a la no incorporació o nul·litat de condicions generals de la contractació (art. 10 LCGC) o a la declaració del caràcter abusiu d'una clàusula (art. 83. 1 TRLGDCU).

L'art. 21.2 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum estableix que l'omissió en el document del contracte de la menció a la taxa anual equivalent [exigida en l'art. 16.2.g)], significa que "l'obligació del consumidor es reduirà a abonar l'interès legal en els terminis convinguts".

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

La categoria de la inexistència de l'acte o contracte va ser introduïda a França com a conseqüència d'una necessitat pràctica conjuntural. A l'antiga doctrina francesa s'havia consolidat la regla "pas de nullité sans texte". Un cop promulgat el Codi Civil francès es va constatar que, per la seva obvietat, hi havia casos de nul·litat no recollits en la Llei, com el del matrimoni entre persones del mateix sexe. La doctrina va solucionar el problema afirmant que en aquests casos el matrimoni no és que siga nul, és que ni tan sols existia. Com han assenyalat J. Delgado i M<sup>a</sup>.Á. Parra, la inexistència no és una categoria dogmàtica diferent de la de nul·litat, sinó un simple instrument dialèctic, útil en algun cas per a forçar els límits, veritables o suposats, d'una regulació donada sobre la nul·litat.

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

## 6.4. L'anul·labilitat del contracte.

**Delimitació de l'anul·labilitat del contracte.** L'anul·labilitat del contracte constitueix un tipus d'ineficàcia que es posa a disposició de certes persones per



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

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

La posició que sobre això es mantingui influeix en altres aspectes del règim de l'anul·labilitat: la distinció entre acció declarativa i acció restitutòria, la possibilitat d'oposar l'anul·labilitat com a excepció, la naturalesa (caducitat o prescripció) i còmput del termini dels quatre anys, la possibilitat que l'excepció no prescrigui o la naturalesa i efectes de la confirmació.

Una part de la doctrina (per exemple, J. Delgado i M.A. Parra) estima que el contracte anul·lable no és un contracte vàlid, afectat d'eficàcia claudicant, sinó un contracte inicialment ineficax amb aparença de validesa: per això, esdevé vàlid retroactivament quan es confirma (art. 1313 CC). En conseqüència, la sentència que estima l'anul·lació és declarativa, i no constitutiva.

En canvi, altres autors consideren que la sentència derivada d'un procés d'anul·lació té caràcter constitutiu, de manera que fins a aquest moment el contracte ha estat vàlid. En conseqüència, es tracta d'una ineficàcia que pot qualificar d'estructural (perquè deriva d'un vici o defecte que concorre en el procés de formació del contracte) i provocada (perquè depèn de la decisió de la persona legitimada per a això).

No falten, en fi, autors (com M. Albaladejo) que neguen transcendència pràctica a la discussió: mentre no s'impugni no passa res i resulta igual una cosa que una altra (ja que encara que siga invàlid inicialment, com la invalidesa inicial no aflora, els efectes de l'acte es donen almenys aparentment com si fos vàlid, i si és que és vàlid fins a la impugnació, mentre que aquesta no es dona, hi ha efectes veritables d'acte vàlid) i si s'anul·la, la retroactivitat de l'anul·lació deixa a l'acte impugnable com si hagués estat invàlid des d'un principi, la qual cosa és com si es declarés que ho era inicialment.

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

Diu la STS de 27 de febrer de 1997 que "el capítol del Codi Civil en què es troben enclavats els articles que es diuen infringits [arts. 1300, 1301, 1302 i 1306], regula la nul·litat dels contractes, però per a centrar la qüestió cal proclamar que la terminologia emprada en la normativa referenciada és molt imprecisa, per això s'ha discutit si quan en aquests articles es parla de nul·litat, ha d'entendre's la mateixa com d'inexistència contractual, de nul·litat 'ab radice' o de simple anul·labilitat. Aquesta qüestió, ja pràcticament ha estat solucionada per la doctrina, i per una constant jurisprudència d'aquesta Sala, que entén que la rúbrica reflectida per aquests articles s'ha d'entendre com d'anul·labilitat en el sentit d'una classe d'invalidesa dirigida a la protecció d'un determinat subjecte, de

manera que únicament ell pot al·legar i així mateix optar per convalidar el contracte anul·lable mitjançant confirmació”.

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

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

L'art. 408 LEC només es refereix a l'al·legació com a excepció de la nul·litat, per la qual cosa part de la doctrina considera que això exclou que l'anul·labilitat pugui fer-se valer de la mateixa manera. En qualsevol cas, aquest plantejament ensopega amb un problema bàsic, perquè la qualificació d'una ineficàcia com nul·litat o anul·labilitat pot ser una qüestió que només es resolgui amb la sentència. Per això, J. Delgado i M.Á. Parra consideren preferible la interpretació que suggereix que l'al·legació pel demandat de fets determinants de la manca de validesa del contracte, amb independència que es tracti de nul·litat absoluta o d'anul·labilitat, permet a l'actor sol·licitar contestar com si s'hagués formulat reconvençió.

La jurisprudència exigeix que l'anul·labilitat es presenti com a demanda o com a reconvençió, sense que n'hi haja prou la seva al·legació com a excepció: STS de 14 de novembre de 2006, que resumeix la doctrina jurisprudencial.

- d) El contracte anul·lable és confirmable (arts. 1309 i ss. CC), de manera que esdevé definitivament vàlid.

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

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

A les persones amb capacitat judicialment modificada s'han d'assimilar, si es demostra aquesta condició, els incapaços naturals que no han estat objecte de declaració judicial.

Pel que fa als menors, cal tenir en compte els actes permesos a qualsevol menor per l'art. 1263.1º CC i la capacitat del menor emancipat, segons l'art. 323 CC.

En cas que el menor no tingui en absolut capacitat de comprendre i estimar el contracte, ens trobarem davant d'un supòsit de falta de consentiment que ha de ser qualificat de nul·litat (art. 1261.1º CC). El mateix criteri pot predicar-se de les persones amb capacitat judicialment modificada.

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

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

Com ja s'ha indicat, no qualsevol vici de la voluntat és causa d'anul·labilitat, sinó només els que preveu el Codi Civil i que complisquen els requisits legalment exigits.

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

L'art. 1322.I CC preveu com a regla general que "quan la llei requereisca per a un acte d'administració o disposició que un dels cònjuges actuï amb el consentiment de l'altre, els fets sense ell i que no hagen estat expressament o tàcitament confirmats podran ser anul·lats a instància del cònjuge el consentiment s'haja omès o dels seus hereus". Però, afegeix que "seran nuls els actes a títol gratuït sobre béns comuns si cal, en aquests casos, el consentiment de l'altre cònjuge" (art. 1322.II CC).

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

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

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

- a) En els casos d'anul·lació per vicis del consentiment, la persona que ha patit el vici.
- b) En els casos d'anul·labilitat per manca de capacitat, la persona que patisca el defecte de capacitat, quan arribi a la plena capacitat, i fins a aquest moment els seus representants legals. L'art. 293 CC legitima el curador del pròdig i el mateix pròdig, i remet a l'art. 1301 CC.
- c) En els casos d'anul·lació per falta de consentiment conjugal, el cònjuge (o els seus hereus) el consentiment del qual s'ha omès.

De l'art. 1302 CC, s'extreu també una regla negativa amb vista a la legitimació activa: no poden demanar l'anul·lació les altres parts del contracte. Tot i que el Codi Civil només es refereix als casos d'anul·lació per vicis del consentiment i falta de capacitat, la doctrina estén aquest criteri als casos de manca del consentiment conjugal.

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

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

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

Significativament, el Codi Civil omet tota referència a la posició del contractant que no pot impugnar, potser per pensar que la seva actuació és culpable. Però aquesta premissa no és certa (per exemple, contracte amb incapaç no aparent). La seva situació és delicada i incerta perquè està a expenses de la decisió de la seva contrapart: la doctrina ha proposat que, per dissipar aquesta incertesa, pugui requerir la seva contrapart perquè confirmi o impugni el contracte.

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

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

La fixació d'un termini temporal és justificada en la mesura que la impugnació queda a l'arbitri d'un dels contractants i s'ha d'establir un límit a aquesta impugnabilitat. Tot i la importància pràctica de la qüestió, el Codi Civil no s'arriba a pronunciar sobre la qüestió ja que no va ser receptor de la distinció entre prescripció i caducitat. Des del punt de vista de la protecció del contractant legitimat per a impugnar, la prescripció li és més beneficiosa. Però la caducitat elimina la incertesa de manera més rotunda.

La jurisprudència no és clara. La STS d'1 de febrer de 2002 va assenyalar que "el que és decisiu per al rebut és que el termini de quatre anys que fixa l'art. 1301 no ha estat entès per la jurisprudència unànime com efectiu termini de caducitat, i així ho va decidir la STS de 27 de febrer de 1997 [...], en declarar que el termini de quatre anys per a exercici de l'acció de nul·litat és un termini de prescripció i no de caducitat". En canvi, les recents sentències que s'ocupen de l'error en la contractació de productes financers s'inclinen per qualificar el termini de l'art. 1301 CC com de caducitat: STS de 4 d'abril de 2017, 20 de desembre de 2016, 29 de juny de 2016, 25 de febrer de 2016, o 7 de juliol del 2015.

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

Per exemple, un comprador pateix una intimidació rellevant per un tercer, i quan la intimidació desapareix, ho comunica al venedor, abans de ser complert el contracte; transcorreguts deu anys des de la desaparició de la intimidació, i sense que el contracte s'hagués executat, el venedor exigeix el pagament del preu al comprador. El comprador podrà al·legar la concurrència de vici en el consentiment, tot i que el demandant podrà contestar com si processalment s'hagués formulat reconvecció, i no una simple excepció (art. 408.2 LEC).

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

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

La qüestió ha estat especialment rellevant en els contractes financers complexos. La STS de 12 de gener de 2015 ha indicat que en els contractes bancaris, financers o d'inversió, la consumació del contracte a efectes de determinar el moment inicial del termini d'exercici de l'acció d'anul·lació de contracte per error o dol, no pot quedar fixada abans que el client haja pogut tenir coneixement de l'existència d'aquest error o dol; aquest dia serà, per tant, quan es produïska en el desenvolupament de la relació contractual un esdeveniment que permeti la comprensió real de les característiques i risc del producte que s'ha adquirit mitjançant un consentiment viciat.

Aquesta interpretació redueix les conseqüències de la qualificació del termini com de prescripció o de caducitat.

La "falsedat de la causa" de l'art. 1301 CC no equival a la "causa falsa" de l'art. 1276 CC. La "causa falsa" justifica la nul·litat del contracte. La "falsedat de la causa" es reconduïx a l'anul·labilitat: es tracta d'una causa viciada amb error, com passa, per exemple, en qui contracta tenint com a motiu principal cosa que no existeix (error en els motius). La dificultat de distingir aquest cas de l'error vici és irrellevant, ja que el seu règim jurídic és el mateix.

- c) En els casos d'anul·lació per manca de capacitat, el termini s'inicia per al menor o la persona amb capacitat modificada judicialment des que s'arriba a la majoria d'edat o es recupera la plena capacitat, respectivament. Cal tenir en compte que mentre arriba aquest moment, l'acció pot ser exercitada pels seus representants legals.
- d) En els casos d'anul·lació per falta de consentiment conjugal, el termini comença des del dia de la dissolució de la societat conjugal o del matrimoni, excepte previ coneixement suficient d'aquest contracte.

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

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

El Codi Civil no aborda, però, el règim de les despeses, millores o profits diferents als fruits o interessos, ni condiona la restitució a la conducta de les parts (per exemple, imputabilitat de la causa de nul·litat).

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

L'enriquiment ha de ser entès com el benefici experimentat pel patrimoni de l'incapaç o amb capacitat limitada. No n'hi ha prou amb que haja ingressat en el seu patrimoni, sinó que s'ha d'haver produït un efectiu increment. En particular, si el que ha rebut l'incapaç és una quantitat pecuniària s'ha d'atendre a la inversió efectuada amb aquests diners.

- La restitució s'ha d'efectuar en principi "in natura", mitjançant la devolució dels mateixos béns que van ser objecte del contracte. Si aquesta restitució "in natura" no és possible (per exemple, s'han transmès béns a tercers als quals no es pot exigir la restitució), s'ha de restituir l'equivalent pecuniari (art. 1307 CC).
- L'obligació de restitució té caràcter recíproc i ha de ser complerta simultàniament (art. 1308 CC).
- No s'apliquen, en canvi, a l'anul·labilitat els arts. 1305 i 1306 CC, relatius a la causa inadequada.

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

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

- a) Contracte anul·lable.
- b) Coneixement de la causa d'anul·lació.
- c) Cessament de la causa d'anul·lació.

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

Es discuteix doctrinalment si la caducitat de l'acció d'anul·lació constitueix o no un supòsit de confirmació tàcita. Tot i que els efectes d'aquesta caducitat i de la confirmació tàcita són similars, responen a figures tècnicament diferents i amb fonaments diversos.

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

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

## 6.5. La rescissió del contracte.

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

Té gran rellevància, encara que el seu estudi no siga oportú ací, l'exercici d'accions rescissòries en cas de concurs de creditors.

L'art. 27 del Reial Decret Legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, que aprova el text refós de la Llei del Sòl i de Rehabilitació Urbana, permet la rescissió, en un termini de quatre anys, de les alienacions de terrenys, quan no es faci constar la situació urbanística dels terrenys, quan no siguin susceptibles d'ús privat o edificació, comptin amb edificacions fora d'ordenació o estiguin destinats a la construcció d'habitatges subjectes a algun règim de protecció pública que permeti taxar el seu preu màxim de venda, lloguer o altres formes d'accés a l'habitatge; o no s'indiquin certs deures legals i obligacions urbanístiques pendents de complir. A més, l'adquirent pot sol·licitar la indemnització que correspongui d'acord amb la legislació civil.

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

La causa de la rescissió no està en l'estructura del contracte, sinó en les seves conseqüències: l'ordenament permet la ineficàcia d'aquests contractes, tot i haver estat vàlidament celebrats, perquè s'oposa a admetre els perjudicis (bàsicament, el frau o la lesió) que generen.

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

d'impugnar contractes vàlids no incomplerts, es posa en qüestió la seguretat del tràfic.

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

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

**La rescissió per lesió.** La lesió significa bàsicament que el contracte produeix un desequilibri econòmic entre les parts, en perjudici d'una d'elles. El problema de conferir rellevància a la lesió contractual rau en el fet que el Codi Civil, conseqüent amb la seva ideologia liberal, renuncia a valorar la justícia del preu dels béns o serveis: les parts contractuals són lliures de determinar el preu que estimin oportú per a aquests béns i serveis. Tot intercanvi, lliurement pactat, es considera just. El resultat d'aquest enfocament és que, a diferència d'altres ordenaments, no s'admet en el Codi Civil amb caràcter general la rescissió per lesió, és a dir, no es pot impugnar un contracte lliurement i voluntàriament celebrat, per molt perjudicial que siga per a una de les parts.

El Codi Civil només admet la rescissió per lesió quan a més concorrin circumstàncies que mereixen una especial protecció: quan es tracta de contractes celebrats pels tutors o els representants de l'absent, sense autorització judicial, i s'haja produït una lesió en més de la quarta part del valor de les coses objecte del contracte. L'art. 1293 CC subratlla aquest caràcter excepcional d'aquesta rescissió, en indicar que, tret dels esmentats, cap altre contracte s'ha de rescindir per lesió.

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

En el Dret civil autonòmic, a diferència del Codi Civil, comptem, per raons històriques, amb una admissió general de la rescissió per lesió, tant en el Dret català (arts. 621-46 a 621-48 CCCat) com en el dret navarrès (Lleis 500 a 506 FN).

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

**La rescissió per frau.** El frau de creditors mereix un enfocament completament diferent. L'ordenament cerca de reaccionar davant dels contractes en virtut dels quals el deutor disminueix el seu patrimoni en perjudici dels seus creditors. La satisfacció del crèdit depèn de la solvència del deutor, i aquesta depèn de la consistència del seu patrimoni. El deutor pot disposar dels seus béns,



però si ho fa en perjudici dels seus creditors, aquests poden, com hem vist en analitzar l'acció pauliana o revocatòria, impugnar aquests contractes o actes de disposició.

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

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

Un element addicional contribueix a enfosquir el panorama: molts supòsits de frau de creditors són abordats processalment amb un enfocament divers. Es plantegen com a casos de nul·litat contractual (per causa il·lícita), de simulació o de negoci fiduciari. La conseqüència és que casos similars són qualificats pel Tribunal Suprem de manera diversa, mogut probablement pel plantejament de les parts en les seves demandes.

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

**Els caràcters de la rescissió.** Els caràcters que presenta la rescissió són els següents:

a) La rescissió afecta contractes celebrats vàlidament (art. 1290 CC).

Atès que la rescissió es predica de contractes vàlids, aquesta dada permet establir el diferent abast respecte de les accions de nul·litat i d'anul·labilitat. A la pràctica, però, s'acostumen a exercitar les diverses accions de manera alternativa o subsidiària, davant la incertesa respecte a la qualificació que admetrà l'òrgan judicial.

b) El contracte desplega la seva eficàcia mentre no siga rescindit.

c) La rescissió no opera automàticament, sinó que requereix que siga instada per la part legitimada.

d) La rescissió té caràcter subsidiari: només es pot instar quan no hi haja altre remei (art. 1294 CC).

A la mateixa idea responen els arts. 1291.3<sup>o</sup> i 1111 CC, quan assenyalen que l'acció revocatòria o pauliana només pot exercitar-se "després d'haver perseguit tots els béns de què estigui en possessió el deutor".

Recorda la STS de 19 de juliol de 2005 que "la nota més característica de l'acció rescissòria és la seva subsidiarietat entesa com a remei per al creditor quan no tingui una altra via per a obtenir la satisfacció del seu crèdit, el que denota, com a pressupòsit fàctic necessari, la concurrència d'una situació d'insolvència en el deutor, la qual, atenent a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecte, no ha de ser absoluta, sinó que és suficient l'existència d'una notable disminució patrimonial que impedeix el creditor percebre el seu crèdit o que el reintegrament del mateix li siga summament difícil".

e) L'acció de rescissió caduca al cap de quatre anys (art. 1299 CC).

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

a) Casos de rescissió per lesió:

a. Contractes celebrats pels tutors sense autorització judicial, sempre que les persones representades hagen sofert lesió en més de la quarta part del valor de les coses que haguessin estat objecte dels contractes.

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

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

La lesió es calcula comparant el preu de l'alienació amb el valor de mercat del bé en el moment de celebració del contracte, i ha de ser acreditada per qui impugni el contracte.

b) Casos de frau de creditors (arts. 1291.3<sup>o</sup> i 1111 CC).

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

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

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

Es vol preservar el dret que sobre aquesta cosa pogués tenir el demandant, que ostentarà legitimació activa per a impugnar l'acte, evitant que surti del patrimoni del demandat. Com diu la STS de 9 d'octubre de 2007, "la finalitat de tal facultat rescissòria per la part demandant tendeix a impedir que la sentència que recaigui en el plet sobre la cosa litigiosa no es pugui fer efectiva o complir-se (sentència de 9 abril 1999) o, el que és el mateix, evitar una defraudació potencial de drets d'un tercer: el demandant que espera ser beneficiat per la decisió judicial que posi fi al litigi a què es troba sotmesa la cosa (sentència de 28 setembre 2000), havent declarat també aquesta Sala que la cosa es considera litigiosa des que s'interposa la demanda referida a ella (sentència de 31 desembre 1997)".

- d) Altres supòsits en què es preveja legalment.

Per exemple, s'admet la rescissió per lesió (en més de la quarta part) a la partició hereditària (arts. 1073 i 1074 CC).

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

Per exemple, en l'art. 1486 CC es parla en el seu primer paràgraf de "desistir" i en el seu segon paràgraf s'identifica aquesta possibilitat amb la "rescissió". Però, és una acció rescissòria el desistiment en el contracte d'obra que esmenta l'art. 1594 CC? També es parla expressament de rescissió en relació amb les arres penitencials (art. 1454 CC). I en els arts. 1469, 1479, 1483 o 1556 CC s'al·ludeix expressament a rescissió, quan el Codi Civil sembla construir aquests remeis com a casos de resolució.

Tot això condueix a la dificultat d'identificar en quins casos el Codi Civil preveu autèntics mecanismes rescissoris.

L'enumeració de les causes de rescissió previstes en el Codi Civil té una conseqüència addicional, que, per a major claredat, manifesta l'art. 1293 CC, en dir que "cap contracte es pot rescindir per lesió, fora dels casos esmentats en els números 1r i 2n de l'article 1291". La idea general que consagra el Codi Civil posa de manifest l'exclusió de la possibilitat d'impugnar el contracte perquè el preu pactat siga substancialment inferior al valor de la cosa o servei objecte del contracte. El criteri del Codi Civil és congruent amb el seu plantejament liberal, i evita a més, els greus inconvenients que té la determinació del valor objectiu dels béns. Les parts, en exercici de la seva autonomia privada i en el marc d'una economia de mercat (art. 38 CE), fixen lliurement el preu (art. 13 LOCM). En el fons, l'admissió general de la rescissió per lesió constitueix un privilegi dels transmissors de béns immobles (L. Díez-Picazo).

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

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

- a) Casos de rescissió per lesió: estan legitimats els representats pels tutors, o els absents.
- b) Casos de frau de creditors: estan legitimats els creditors perjudicats pel contracte o acte fraudulent.
- c) Contractes relatius a coses litigioses: estan legitimats els tercers que mantenen un plet sobre aquesta cosa.

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

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

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

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

Literalment, l'art. 1295.I CC diu que "només pot portar-se a efecte quan el que l'haja pretès pugui tornar allò a que per la seva part estigués obligat". Aquesta precisió que no apareix, per exemple, en l'art. 1308 CC planteja el problema de determinar si l'exercici de l'acció està supeditat necessàriament al compliment d'aquesta condició. Part de la doctrina considera que, de no donar-se aquesta circumstància, no pot exercitar-se la rescissió. Resulta en qualsevol cas paradoxal que s'afirmi aquesta conseqüència, quan la impossibilitat de devolució per part del demandat només significa que haja d'indemnitzar els danys i perjudicis. Sembla, doncs, més raonable aplicar el mateix criteri (restitució de l'equivalent) quan siga el demandant qui no pugui procedir a la devolució "in natura".

- Els tercers adquirents que hagen procedit de bona fe no són afectats per la rescissió del contracte (art. 1295.II CC).

La doctrina ha subratllat la limitació d'efectes derivada de la rescissió per frau. J.A. Martín Pérez ha destacat que l'aplicació dels criteris de l'art. 1295 CC als supòsits de frau de creditors constitueix un equívoc derivat de la unificació operada pel Codi Civil entre els diversos

mecanismes rescissoris. Com assenyala J.R. García Vicente, l'efecte de la rescissió per frau té alguna complexitat sobretot d'ordre processal, ja que no produeix efectes restitutoris entre el deutor alienant i el tercer (és inaplicable en aquest cas l'art. 1295. I CC, propi de la rescissió per lesió). El creditor pot comportar-se com si el bé formés part del patrimoni del deutor o, per a les garanties, estigués lliure de l'afecció, i fins al límit del perjudici patit, com si hi hagués una rescissió parcial.

Aquesta limitació dels efectes de la rescissió per frau és probablement una de les raons que explica la tendència dels interessats en tractar de recórrer a altres categories, d'efectes més intensos, com la simulació o la nul·litat per causa il·lícita, que eviten aquesta limitació d'efectes. La jurisprudència planteja, per això, una ineficàcia total enfront de qualsevol creditor de l'acte fraudulent.

## 6.6. La denúncia del contracte.

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

La terminologia és en aquest punt summament confusa i en el Codi Civil i en altres textos legals s'empren expressions com a renúncia, desistiment o altres similars, dificultant la identificació de cada concret supòsit.

Aquesta facultat de denúncia contractual no està admesa en el nostre ordenament amb caràcter general. Només s'accepta en determinades relacions contractuals, caracteritzades per la seva durada indefinida (arts. 1700.4º i 1705 CC), per un predomini de la confiança entre les parts (art. 1732 CC) o per la seva gratuïtat (art. 1732 CC). En altres casos s'admet perquè l'interès contractual de qui desisteix pot satisfer-se sense un excessiu dany per a l'altra part (art. 1594 CC); o perquè es vol protegir qui potser ha adoptat una decisió poc meditada (per exemple, en Dret del consum). O es configura com un mecanisme per evitar les vinculacions perpètuas (art. 1583 CC). No hi ha una raó homogènia per a justificar aquesta admissió.

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

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

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

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

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

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

Aquest dret de desistiment d'origen legal es preveu en diferents relacions contractuals: per exemple, contractació a distància i contractes celebrats fora d'establiment mercantil (arts. 102-108 TRLGDCU); contractes relatius a l'adquisició d'aprofitament per torn de béns immobles (art. 12 de la Llei 4/2012, de 6 de juliol, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de venda i d'intercanvi i normes tributàries); o serveis financers a distància (art. 10 de la Llei 22/2007, de 11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors).

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

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

L'exercici del dret de desistiment, regulat en l'art. 74 TRLGDCU, significa que les parts s'han de restituir recíprocament les prestacions d'acord amb el que disposen els arts. 1303 i 1308 CC. El consumidor no ha de reemborsar cap quantitat per la disminució del valor del bé, que siga conseqüència del seu ús d'acord amb el que s'ha pactat o la seva naturalesa, o per l'ús del servei; i, en canvi, té dret al reemborsament de les despeses necessàries i útils que hagués realitzat en el bé.

A més del dret de desistiment d'origen legal, és possible un dret contractual de desistiment ("si no queda satisfet, li tornem els diners"), previst molt simplificadament en l'art. 79 TRLGDCU: el consumidor no té en cap cas obligació d'indemnitzar pel desgast o deteriorament del bé o per l'ús del servei exclusivament per haver-lo provat per a prendre una decisió sobre la seva

adquisició definitiva. I en cap cas l'empresari no pot exigir avançament de pagament o prestació de garanties, fins i tot l'acceptació d'efectes que garantisquen un eventual rescabament a favor seu en el cas que s'exerciti el dret de desistiment.

## 6.7. El mutu dissens contractual.

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

Per a la STS de 17 de març de 2016, "atès que l'art. 1156 CC no esgota totes les possibilitats d'extinció de les obligacions, és admès generalment per la doctrina i la jurisprudència que el mutu dissens, també conegut com 'contrarius consensus', mutu acord resolutori o pacte de resolució, constitueix també en el nostre ordenament jurídic una causa d'extinció de les obligacions per resolució, dissolució o ruptura del vincle contractual, d'acord amb el principi d'autonomia de la voluntat present en l'art. 1255 CC [...] Definit com un acord de voluntats pel qual les parts deixen sense efecte un contracte vàlidament celebrat, però no consumat, té la virtualitat d'un contracte extintiu o cancel·latori, pel qual les parts, que han celebrat amb anterioritat un altre, acorden que la regulació posada en vigor perdi vigència".

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

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

El mutu dissens es pot manifestar expressament o tàcitament.

Diu la STS de 17 de març de 2016 que "per a apreciar l'existència del mutu dissens és necessària la constància d'un consentiment de signe contrari al constitutiu del vincle contractual, que pot manifestar-se tant expressament com tàcitament, per mitjà d'actes que inequívocament i concloentment revelin la comuna voluntat dels contractants de deixar sense efecte el negoci conclòs, deslligant-se de les obligacions per ells contraetes i renunciant a exigir la seva efectivitat i compliment".

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

Segons la STS de 16 de febrer de 2015, "s'ha d'assenyalar que el mutu dissens constitueix una figura jurídica clarament diferenciable de la facultat resolutori del contracte. En efecte, no es tracta de consentir la ineficàcia del contracte per raó de l'incompliment observat, sinó d'un autèntic acord de les parts i, per tant, un nou negoci jurídic dirigit a deixar sense efecte una relació obligacional preexistent plenament vàlida i eficaç".

No es pot identificar el mutu dissens amb l'incompliment recíproc: com assenyala la STS de 5 de desembre de 2013, "la recíproca imputació d'incompliments contractuals, i l'exercici per una de les parts de l'acció resolutori amb petició d'indemnització de danys i perjudicis, exclou l'existència d'un mutu dissens".