

Esta obra colectiva, concebida por iniciativa y bajo la coordinación de la Editorial, ha sido realizada por la redacción de

Ediciones Francis Lefebvre.

Han intervenido:

BAKER & MCKENZIE

Revisión Capítulos 7, 12 y 13

José Carlos ERDOZÁIN LÓPEZ

(Abogado. Doctor en Derecho).

Capítulos 3 y 10. Revisión Capítulo 15

Juan GAITÁN REBOLLO

(Gaitán Abogados).

Capítulo 11

Manuel LOBATO GARCÍA MIJÁN

(Profesor Titular de Derecho Mercantil UAM. Abogado-Socio Bird & Bird).

Capítulo 4

OLSWANG Spain LLP, EPE

Revisión Capítulo 6

Colaboraron en ediciones anteriores: José Ignacio Bonet Sánchez, Ignacio Gómez-Sancha Trueba, Monika Holtmann Ydoate, Santiago Martín Gil, Francisco Navarro Gancedo-Rodríguez, Francisco Javier Sigüenza Hernández

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00. Fax: 91 210 80 01

www.efl.es

Precio: 94,33 € (4% IVA incluido)

ISBN: 978-84-92612-97-0

ISSN: 1579-2846

Depósito legal: M-4950-2011

Impreso en España por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

MEMENTO PRÁCTICO
FRANCIS LEFEBVRE

Contratos Mercantiles

2011-2012

Actualizado a 19 de febrero de 2011

Plan general

	Número marginal
CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES	50
Sección 1. Régimen general	55
Sección 2. Protección del consumidor	200
Sección 3. Defensa de la competencia	400
Sección 4. Registro de Bienes Muebles	500
CAPÍTULO 2. COMPRAVENTAS MERCANTILES	650
Sección 1. Contratos preparatorios: precontrato y opción de compra	660
Sección 2. Régimen general de la compraventa mercantil	700
Sección 3. Due diligence (revisión legal de empresas)	948
Sección 4. Compraventas especiales	960
Sección 5. Contratos afines a la compraventa	1330
Sección 6. Tratamiento fiscal	1410
CAPÍTULO 3. PROPIEDAD INTELECTUAL	1555
Sección 1. Cuestiones generales	1560
Sección 2. Contrato de edición	1630
Sección 3. Contrato de representación teatral y ejecución musical	1720
Sección 4. Contratos sobre obras audiovisuales	1780
Sección 5. Contrato de creación y exhibición pública de obras fotográficas	1950
Sección 6. Contrato de producción fonográfica	1969
Sección 7. Contrato de creación y explotación de CD-Rom. Contrato de obra multimedia	1985
CAPÍTULO 4. PROPIEDAD INDUSTRIAL	2060
Sección 1. Consideraciones generales	2063
Sección 2. Contratos sobre marcas	2075
Sección 3. Contratos sobre patentes	2150
Sección 4. Contratos sobre otros derechos de propiedad industrial	2229
Sección 5. Cláusulas comunes a los contratos de licencia	2240
Sección 6. Comunidad de derechos de propiedad industrial	2270
Sección 7. Hipoteca mobiliaria de propiedad industrial	2300
Sección 8. Aportación de derechos de propiedad industrial a una sociedad	2320
Sección 9. Aspectos registrales	2350
CAPÍTULO 5. CONTRATOS ASOCIATIVOS	2450
Sección 1. Cuentas en participación	2452
Sección 2. Joint-venture	2514
Sección 3. Sociedad civil	2562
Sección 4. Comunidades de bienes	2622
Sección 5. Pactos parasociales	2696
CAPÍTULO 6. GARANTÍAS	2850
Sección 1. Fianza mercantil	2855
Sección 2. Otras garantías personales	2930
Sección 3. Especialidades mercantiles de la prenda	3025
Sección 4. Hipoteca en garantía de obligaciones mercantiles	3175

	Número marginal
Sección 5. Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión	3335
Sección 6. Hipoteca naval	3380
Sección 7. Ejecución de garantías	3410
Sección 8. Tratamiento fiscal de las garantías	3460
CAPÍTULO 7. FINANCIACIÓN, GESTIÓN FINANCIERA Y CUSTODIA	3750
Sección 1. Contrato de préstamo mercantil	3755
Sección 2. Arrendamiento financiero (leasing)	3812
Sección 3. Arrendamiento empresarial (renting)	3905
Sección 4. Facturación y/o gestión de cobro (factoring)	3930
Sección 5. Contrato de confirmación (confirming)	3975
Sección 6. Financiación de exportaciones sin recurso (forfaiting)	3990
Sección 7. Contrato de cuenta corriente mercantil	4015
Sección 8. Contrato de depósito mercantil	4060
Sección 9. Tratamiento fiscal del préstamo, depósito y cuenta corriente mercantiles	4115
CAPÍTULO 8. ARRENDAMIENTOS MERCANTILES	4350
Sección 1. Ejecución de obras y prestación de servicios	4360
Sección 2. Contrato de ingeniería (engineering)	4480
Sección 3. Colaboración externa empresarial (outsourcing)	4550
Sección 4. Contrato de comercialización (merchandising)	4570
Sección 5. Arrendamiento de empresa	4600
Sección 6. Arrendamiento de local de negocio	4620
CAPÍTULO 9. REPRESENTACIÓN MERCANTIL Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL	4750
Sección 1. Consideraciones generales	4755
Sección 2. Comisión	4790
Sección 3. Agencia	4890
Sección 4. Mediación/Corretaje	4970
Sección 5. Concesión mercantil	5010
Sección 6. Delegación	5070
Sección 7. Franquicia	5080
CAPÍTULO 10. PUBLICIDAD	5350
Sección 1. Consideraciones generales	5355
Sección 2. Contrato de publicidad	5400
Sección 3. Contrato de creación publicitaria	5460
Sección 4. Contrato de difusión publicitaria	5500
Sección 5. Contrato de patrocinio	5550
CAPÍTULO 11. TRANSPORTE	5650
Sección 1. Contrato de transporte por carretera	5655
Sección 2. Contrato de transporte por ferrocarril	6130
Sección 3. Contrato de transporte aéreo	6280
Sección 4. Contrato de transporte marítimo	6370
Sección 5. Contrato de transporte sucesivo, combinado y multimodal	6500
Sección 6. Contrato de servicios logísticos	6585
Sección 7. Juntas arbitrales del transporte	6600
CAPÍTULO 12. CONTRATOS BANCARIOS	6750
Sección 1. Cuestiones generales	6755
Sección 2. Cuenta corriente bancaria	6870
Sección 3. Transferencia bancaria	6900
Sección 4. Alquiler de cajas de seguridad	6940
Sección 5. Depósito bancario	6975
Sección 6. Tarjeta bancaria	7100
Sección 7. Préstamo bancario	7150
Sección 8. Apertura de crédito en cuenta corriente	7300
Sección 9. Descuento bancario y redescuento	7360
Sección 10. Crédito documentario	7430
Sección 11. Créditos sindicados	7445
Sección 12. Garantías bancarias	7455
Sección 13. Aspectos fiscales	7525

	Número marginal
CAPÍTULO 13. CONTRATOS BURSÁTILES	7700
Sección 1. Introducción al derecho del mercado de valores	7750
Sección 2. Contrato de comisión bursátil u «orden de bolsa»	7800
Sección 3. Contrato de compraventa de mercado de valores	7850
Sección 4. Operaciones con crédito al mercado	7920
Sección 5. Operaciones extrabursátiles	7960
Sección 6. Ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS)	7975
Sección 7. Ofertas públicas de venta y suscripción de valores (OPV y OPS)	8030
Sección 8. Contratos de dirección, colocación, aseguramiento y asesora- miento de emisiones y ofertas públicas de venta de valores	8040
Sección 9. Préstamo de valores	8077
Sección 10. Mercado de futuros y opciones	8080
Sección 11. Mercado de deuda pública en anotaciones	8110
Sección 12. Contrato de cuenta corriente del mercado de valores	8120
Sección 13. Contrato de custodia y administración de valores	8140
Sección 14. Contrato de gestión de carteras	8159
Sección 15. Adquisición de participaciones significativas	8175
Sección 16. Normas de conducta del mercado de valores	8195
Sección 17. Inversión en el mercado de valores en régimen colectivo	8210
Sección 18. Contrato de liquidez o contrapartida	8250
Sección 19. Derecho penal del mercado de valores	8270
Sección 20. Tratamiento fiscal de la inversión bursátil	8290
CAPÍTULO 14. ARBITRAJE	8350
Sección 1. Consideraciones generales	8353
Sección 2. Arbitraje interno	8375
Sección 3. Arbitraje internacional	8505
CAPÍTULO 15. CONTRATOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	8650
Sección 1. Contratos informáticos	8651
Sección 2. Comercio electrónico	8831
ANEXOS	9500
Textos de interés	9510
Modelos y formularios	9650
Direcciones útiles	9855
Tabla de disposiciones	9950
Tabla Alfabética	
Bibliografía	

Principales Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo/s
BE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPI	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
CE	Comunidad Europea
Circ	Circular
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Const	Constitución Española
CP	LO 13/1995 Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DGTr	Dirección General de Trabajo
Dir	Directiva
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ET	RDLeg 1/1995 que aprueba el Estatuto de los Trabajadores
FMI	Fondo Monetario Internacional
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
Instr	Instrucción
IPC	Índice de Precios al Consumo
IPF	Imposición a plazo fijo
JAT	Junta arbitral del transporte
L	Ley
LArb	L 60/2003 de Arbitraje
LAU	L 29/1994 de Arrendamientos Urbanos
LCA	L 12/1992 del Contrato de Agencia
LCAP	RDLeg 2/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCC	L 19/1985 Cambiaria y del Cheque
LCCo	L 7/1995 de Crédito al Consumo
LCon	L 22/2003 Concursal
LCD	L 3/1991 de Competencia Desleal
LCGC	L 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación
LDC	L 15/2007 de Defensa de la Competencia
LDIEC	L 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LEC	L 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	RDLeg 1/2007 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGPu	L 34/1988 General de Publicidad
LGT	L 58/2003 General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	L 16-12-1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
LHN	L 21-08-1893 de Hipoteca Naval
LIIC	L 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva
LIRPF	L 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	RDLeg 4/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
LITP	RDLeg 1/1993 que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

LIVA	L 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido
LM	L 17/2001 de Marcas
LMV	L 24/1988 del Mercado de Valores
LOCM	L 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista
LOSP	RDLeg 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Seguro Privado
LOPJ	LO 6/1985 del Poder Judicial
LOTT	L 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres
LP	L 11/1986 de Patentes
LPI	RDLeg 1/1996 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
LRJPAC	L 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSC	RDLeg 1/2010 de Sociedades de Capital
LSSI	L 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
LVPBM	L 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles
NRV	Normas de Registro y Valoración
núm	número
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OM	Orden Ministerial
OPA	Oferta Pública de Adquisición de Acciones
OPV	Oferta Pública de Venta de Valores
OPS	Oferta Pública de Suscripción de Valores
PGC	RD 1514/2007 Plan General de Contabilidad
PGC PYMES	RD 1515/2007 Plan General de Contabilidad Pequeñas y Medianas Empresas
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RD	Real Decreto
Rec	Recurso
RECATT	Rgto CE/772/2004 Aplicación del art.81 aptdo.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología
Resol	Resolución
RGC	D 3410/1975 que aprueba el Reglamento General de Contratación
Rgto	Reglamento
RITP	RD 828/1995 que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
RMa	RD 687/2002 que aprueba el Reglamento de Marcas
ROTT	RD 1211/1990 que aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres
SICAV	Sociedad de Inversión de Capital Variable
SNCE	Sistema Nacional de Compensación Electrónica
TCE	Tratado 25-3-1975 constitutivo de la Comunidad Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJUE	Tribunal Justicia Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Tratado FUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

Consideraciones generales sobre la contratación mercantil

SUMARIO

Sección 1. Régimen general	55
Sección 2. Protección del consumidor	200
Sección 3. Defensa de la competencia	400
Sección 4. Registro de Bienes Muebles	500

50

La actividad mercantil es, esencialmente, una **actividad mediadora** en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un patrimonio a otro, o de un titular a otro. El contrato, el principal instrumento de circulación de valores patrimoniales. Por ello puede afirmarse que el derecho mercantil es predominantemente un derecho de obligaciones y de contratos, cuya finalidad fundamental es hacer posible el **tráfico jurídico**.

51

En el presente capítulo se aborda el estudio del contrato mercantil como medio jurídico a través del cual las **empresas** realizan su actividad económica, bien con otras empresas, bien con el sector de los consumidores.

SECCIÓN 1

Régimen general

SUMARIO

A. Consideraciones previas	56
B. Requisitos	80
C. Forma	110
D. Prueba	125
E. Interpretación	130
F. Formación	135
G. Eficacia	150
H. Extinción	175

55

A. Consideraciones previas

Se entiende por **contrato** todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas. Esta definición se deduce de la conjunción de los siguientes **elementos**:

56

- consentimiento común;
- creación de una obligación; y
- fuerza de ley entre las partes.

La anterior definición es aplicable en todos sus términos al **contrato mercantil**. De hecho, la **función** del contrato es la misma en el tráfico mercantil que en el civil, esto es, la circulación de bienes y derechos. Es más, salvo contadas excepciones, los contratos regulados en el Código de Comercio tienen su homónimo en el Código Civil.

En lo que se refiere a la **calificación** de un determinado contrato como mercantil, ello se deriva del hecho de:

- hallarse **regulado** en el Código de Comercio;
- participar en el contrato un **empresario** y la vinculación del mismo a su actividad personal; y
- producirse el contrato en el ejercicio de una **empresa mercantil**.

- 57 Normativa aplicable** (CCom art.50 a 63; CC art.1254) Por expresa remisión legal, y salvo en lo específicamente establecido en el Código de Comercio o en leyes especiales, los contratos mercantiles se rigen por las reglas generales contenidas en la **normativa civil**, en todo lo relativo a sus:
- requisitos (nº 80);
 - modificaciones;
 - excepciones;
 - interpretación (nº 130);
 - extinción (nº 175); y
 - capacidad de las partes (nº 87).

En la regulación de carácter general que, en cuanto a los contratos mercantiles, se contiene en la normativa mercantil, se establecen determinadas **reglas especiales** en orden, fundamentalmente, a su perfección, la forma, la prueba, la interpretación y el régimen de las obligaciones nacidas de los mismos.

De otra parte, la **estandarización de la materia contractual** y la generalización de los contratos en masa, propios de la contratación moderna, han propiciado la aparición de los contratos de adhesión o contratos tipo (nº 144) y de las relaciones contractuales de hecho. Frente a ambas situaciones, los diferentes ordenamientos jurídicos, han reaccionado estableciendo una normativa tendente a la protección del interesado más débil, mediante la regulación de las condiciones generales de contratación (nº 255) y de las cláusulas contractuales abusivas (nº 290).

Por último, el **intervencionismo del Estado** en el ámbito contractual privado, ha favorecido la asunción por aquél de la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo a determinados contratos, mediante la promulgación de leyes especiales. Dicha reglamentación puede alcanzar a las prestaciones contractuales, e incluso al resto del contenido normativo del contrato (p.e., el contrato de agencia, nº 4890).

- 59 Autonomía de la voluntad** (CC art.1255) La idea de contrato tiene su fundamento en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad.

En el campo contractual, ésta implica el reconocimiento a los **contratantes** de una serie de **facultades**, las cuales se manifiestan en:

- La **libertad de contratación**, lo que significa la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, esto es, la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante.
- La **libertad del tipo contractual**, de manera que los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden constituir libremente otros distintos.
- La posibilidad de **modificar** libremente en los contratos regulados por la ley, el contenido legal de dichos contratos, sustituyéndolos por otros.

- 60 Límites** (CC art.1272, 1654 y 1691) La libertad contractual no puede ser absoluta. Con carácter general, dicha libertad queda sujeta a los siguientes límites:

- Las normas a la que el legislador dota de **carácter imperativo**, normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su inobservancia la sanción de nulidad. La limitación puede manifestarse mediante la prohibición de un determinado tipo contractual o de ciertos pactos o cláusulas.
- La **moralidad**, entendida como un conjunto de las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico y con carácter general en la comunidad jurídica.
- El **orden público**, esto es, los principios rectores y fundamentales de la comunidad, y que se suelen identificar con ciertos principios constitucionales (p.e., pactos que contravengan el principio de igualdad o que impliquen la renuncia de derechos fundamentales).
- La propia **imposibilidad** de la prestación.
- Protección a la empresa contra cierto tipo de concurrencia: defensa de la **competencia** (nº 410); competencia desleal (nº 450).
- Los **contratos normados**, en los que la voluntad libre de los contratantes sólo opera en el momento de la perfección, pero una vez perfecto el contrato, las obligaciones que engendra quedan sustraídas en buena parte a la voluntad de los contratantes, siendo configuradas por la ley (p.e., contrato de agencia, nº 4890).
- Especialmente importante en la moderna concepción del derecho mercantil contractual es la **protección del consumidor** final de los productos y servicios (nº 200).

- 61** **PRECISIONES** Para trazar la línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ellas vedado y, por tanto, entre la **validez** de un pacto y su **nulidad** absoluta, ha de atenderse a dos criterios fundamentales:

- a) El que tiene en cuenta la propia índole de la norma aplicable, según sea imperativa o prohibitiva, o simplemente permisiva o subsidiaria.

b) El que mira al propio elemento del contrato, que se estatuye o contempla en la cláusula contractual, distinguiendo si tal elemento es esencial, por constituir la propia sustancia de la prestación, cualitativa o cuantitativamente considerada o si se trata de un elemento accidental o accesorio, que no afecte al contenido de la prestación, sino simplemente a las modalidades o condiciones en que la misma ha de hacerse efectiva (TS 6-4-63).

Contratos atípicos Manifestación del **principio de libertad contractual** es que las partes puedan estructurar libremente sus convenios, conforme a sus necesidades y posibilidades; pues aunque la ley prevea y regule determinados contratos, puede que éstos no se ajusten al propósito de las partes. Se distingue así entre contratos típicos y atípicos, según que exista o no una previa normativa o una disciplina jurídica objetiva y general para ellos.

Bajo la denominación de contratos atípicos, se hace referencia a aquellas figuras contractuales que, no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la **realidad social**, y en ocasiones por las leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad.

Causas Entre las causas que justifican el auge de las figuras contractuales atípicas, se suelen destacar las siguientes (Chuliá Vicent y Beltrán Alandete):

- La **influencia del derecho anglosajón**, con nuevas formas de contratación: p.e., leasing (nº 3812); factoring (nº 3930); franquicia (nº 5080).
- Los **avances tecnológicos** que imponen nuevos usos.
- La paulatina disminución del comerciante individual y su sustitución por la **empresa** y las sociedades mercantiles, con las exigencias que ello reporta: programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología, utilización de patentes.
- La **obsolescencia** de los códigos civil y de comercio, con más de cien años de existencia, que en forma alguna pudieron prever la revolución industrial y tecnológica ocurrida tras la segunda guerra mundial.

Los conceptos de tipicidad y atipicidad son **conceptos relativos**, pues contratos que han sido atípicos, pueden dejar de serlo y pasar a ser típicos desde el momento en que su normativa es recogida y fijada por la ley.

Alcance La atipicidad puede producirse en formas muy diferentes y con distinto alcance, según las partes:

- Formalicen un contrato que, ajustándose en principio a los modelos y a la función económica de un tipo preestablecido, se separe de él, sin embargo, en algún punto concreto, mediante la **adición de pactos** que no corresponden a dicho tipo, en cuyo caso continúa existiendo tipicidad siempre que la desviación no sea suficiente para hacer perder al contrato su fisonomía o para hacer inoperante su causa típica.
- Concierten un contrato completamente fuera de la tipología legislativa e incluso de la tipología doctrinal y jurisprudencial (**atipicidad absoluta**).
- Para conseguir los fines empíricos que pretenden, concierten un contrato singular sirviéndose de elementos que corresponden a diferentes contratos típicos (**contratos mixtos**).

PRECISIONES El contrato conocido como **contrato mixto**, se trata de una variante del contrato atípico, en el sentido de que con normas de contratos distintos, se construye un contrato nuevo, válido según el principio de autonomía de la voluntad (TS 30-9-04, EDJ 143898).

Problemática de los contratos atípicos Los contratos atípicos suscitan dos cuestiones:

a) Los límites de **admisión y validez** de cada supuesto en particular, cuya solución viene determinada por los propios límites de la autonomía de la voluntad (nº 60), y la idea de causa ilícita (nº 106).

b) La **disciplina normativa** a la que quedan sometidos. A juicio de la doctrina (Díez Picazo), ante todo, debe atenderse a las reglas contractuales establecidas por las partes contratantes, así como a la disciplina normativa general para todas las obligaciones y contratos. Supletoriamente se proponen dos soluciones:

- Teoría de la **absorción**, consistente en buscar el elemento principal que se corresponda con el preponderante, a su vez, de algún contrato típico, y aplicar la normativa aplicable a éste. Ello plantea la dificultad de aplicación en los supuestos en los que no sea posible averiguar cuál de las prestaciones es la principal.
- Teoría de la **combinación**, es decir, combinando las normas de todos los contratos típicos cuyas prestaciones y elementos coexisten en el contrato atípico.

No obstante, en los supuestos de **contratos absolutamente atípicos** es preciso acudir a las normas o criterios ya asentados por los usos, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

PRECISIONES 1) El problema del **contrato mixto** no es el de su admisión, sino el de su **regulación** (TS 19-5-82).

62

63

64

65

2) Es admisible y lícito que los que contratan puedan combinar diferentes tipos contractuales o convenir diversas prestaciones o contraprestaciones, dando así lugar a los contratos unidos, yuxtapuestos y mixtos, y también al **contrato complejo**, considerado como un todo único, interpretable conforme a la intención de los contratantes (TS 2-4-64).

3) El **contrato atípico**, admisible conforme al principio de la autonomía de la voluntad del CC art.1255, se rige por lo específicamente estipulado, y, en su defecto, por las normas generales de las obligaciones y contratos (TS 31-5-10, EDJ 113286).

B. Requisitos

(CC art.1261 a 1277)

80

Para que exista un contrato es precisa la concurrencia de los siguientes **elementos**:

- consentimiento de los contratantes (nº 85);
- objeto cierto que sea materia del contrato (nº 100); y
- causa de la obligación que se establezca (nº 105).

1. Consentimiento

(CC art.1262 a 1270; CCom art.54)

85

Para que haya contrato no basta la mera existencia de la voluntad contractual de cada uno de los contratantes. Se requiere además:

- que éstos puedan prestar consentimiento, esto es, sean jurídicamente **capaces** para contratar (nº 87); y
- que la voluntad expresada o manifestada carezca de **vicios** que incidan en su validez o eficacia (nº 95).

PRECISIONES 1) A juicio de la doctrina, la cuestión de si el **silencio** puede ser considerado como una declaración de voluntad contractual, no puede ser resuelta de una manera unívoca y general para todos los casos (Díez Picazo). La solución depende en cada hipótesis concreta de la valoración de las circunstancias del supuesto de hecho, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y con el sentido objetivo que razonablemente tenga la conducta omisiva (TS 14-6-63; 13-10-78; 12-10-82; 18-10-82). Por tanto, el problema no está en decidir si el silencio puede ser expresión de consentimiento, «sino en determinar bajo qué condiciones debe aquél ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento, a cuyo fin tienen trascendencia las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento y, por tanto, manifestación del querer» (TS 23-10-08, EDJ 190091; 4-1-10, EDJ 11496).

2) Se declara la nulidad de un contrato en el que la contratación del derecho de afiliación a un programa de servicios vacacionales se produjo en unas circunstancias que hacen dudar de que el **consentimiento** se prestara **libremente**: se produjo una contratación rápida, con utilización de técnicas de venta ciertamente agresivas, faltando a los actores el necesario **período de reflexión**. La firma del contrato se produjo en el marco de una reunión organizada por la demandada, en sus locales, a la que acudió el cliente con el reclamo de un regalo.

Todas esas circunstancias determinan que el cliente incurra en un error esencial sobre el objeto y el precio del contrato (AP Barcelona 27-6-05, EDJ 104073).

a. Lugar de celebración

(CC art.1262 y CCom art.54 redacc L 34/2002 disp.adic.4º)

86

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la **oferta** y la **aceptación**.

Cuando el que hizo la oferta y el que la aceptó se encuentran en **lugares distintos**, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no la pueda ignorar sin faltar a la buena fe.

En este supuesto, se presume celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta.

Cuando el contrato se celebra a través de **dispositivos automáticos**, el consentimiento existe desde la manifestación de la aceptación.

b. Capacidad

La capacidad de los contratantes constituye presupuesto de **validez y eficacia** del negocio.

La capacidad para contratar se rige por las reglas generales de carácter civil, y coincide sustancialmente con la **capacidad general de obrar**. Un estudio en detalle de esta materia se recoge en el nº 2555 s. Memento Civil 2010.

Las únicas **limitaciones** que conoce nuestro ordenamiento jurídico para contratar son las del menor de edad y la de falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma, que dan lugar a los estados civiles de menor edad e incapacitación (CC art.1263).

En su consecuencia, son capaces y pueden ser parte del contrato:

- Los **mayores de edad** (mayores de 18 años) no incapacitados legalmente.
- Los menores de edad **emancipados**.
- Los menores de edad no emancipados y los incapacitados que actúen por medio de su **representante legal** –padres, tutor, curador, defensor judicial–, quienes suplen su falta de capacidad (CC art.154, 162, 222, 286 y 299), y con sujeción a las limitaciones y demás condiciones legalmente previstas para el gravamen y la enajenación de bienes (CC art.156, 166).
- Las **personas jurídicas**, actuando por medio de sus órganos de representación.

PRECISIONES Los **extranjeros** pueden ejercer el comercio en España, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a la capacidad para contratar y a las disposiciones del Código de Comercio en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos en territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales españoles (CCom art.15).

Condición de comerciante La exigencia de la condición de comerciante como requisito subjetivo en determinados contratos, p.e., cuentas en participación (nº 2452), comisión (nº 4790), etc., hace preciso formular ciertas matizaciones:

1) El **menor emancipado** o habilitado de mayor edad, no tiene capacidad mercantil por causa de las restricciones de no poder tomar dinero a **préstamo**, gravar ni vender bienes inmuebles y establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor sin autorización o asistencia paterna o del curador (nº 3755).

2) Por excepción al principio general, los **menores de dieciocho años** y los **incapacitados** pueden continuar el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes, por medio de sus guardadores, pudiendo incluso ser inscritos en el RM en concepto de empresarios individuales. Si el **tutor** carece de capacidad legal para comerciar, o tiene alguna incompatibilidad, están obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio (CCom art.5).

PRECISIONES Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, así como las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo al CCom. Existe la presunción legal del **ejercicio habitual del comercio**, desde que la persona que se proponga ejercerlo anuncie por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (CCom art.1 y 3).

Personas casadas (CC art.1319 a 1324, 1375 s.) En relación con las personas casadas, y sin perjuicio del **régimen económico matrimonial** que, en cada caso, resulte de aplicación, cabe formular, con carácter general, las siguientes consideraciones:

a) Los cónyuges pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar **entre sí** todo tipo de contratos.

b) Para disponer de los derechos sobre la **vivienda habitual** y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requiere el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

c) Cuando la ley requiera para un **acto de administración o disposición** que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los que se realicen sin dicho consentimiento, y no sean expresa o tácitamente confirmados, pueden ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

Tratándose de **actos a título gratuito** sobre bienes comunes, la falta del citado consentimiento determina la nulidad de los mismos.

PRECISIONES En caso de ejercicio del **comercio por persona casada**, en principio, sólo quedan obligados a resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos en el desarrollo de dicha actividad; los restantes bienes únicamente quedan obligados si media consentimiento de ambos cónyuges, presumiéndose tal consentimiento si el ejercicio de la referida actividad se realiza con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, así como cuando al contraer el matrimonio uno de los cónyuges se halle ejerciendo el comercio y lo continúe sin oposición del otro. El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante ha de ser expreso en cada caso, sin perjuicio de su libre revocación. Tanto

87

90

91

el consentimiento, como la oposición y la revocación ha de constar, para producir efectos frente a terceros, en escritura pública inscrita en el RM (CCom art.6 a 12).

- 92 Prohibiciones legales** Cuestión distinta a la de la capacidad contractual es la de aquellas prohibiciones legales que impiden a ciertas personas celebrar determinado **tipos de contratos**, y que se concretan en los siguientes supuestos:
- El **tutor**, salvo con la pertinente autorización judicial (CC art.271, 272).
 - La **compraventa**, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona intermedia, de determinados bienes por ciertas personas, en razón de su cargo (mandatarios, albaceas, empleados públicos, magistrados, jueces, etc.) (nº 724).
 - No pueden contraer **sociedad universal** entre sí las personas a quienes les está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (nº 2574).

c. Vicios del consentimiento

(CC art.1265 a 1270)

- 95** Para la validez del contrato es preciso que exista un consentimiento **serio, espontáneo y libre**. Cuando alguna de estas cualidades no se da, se dice que el consentimiento está viciado, lo que puede determinar o permitir su invalidación.

Es **nulo** el consentimiento prestado:

- por error (nº 98);
- con violencia (nº 96);
- con intimidación (nº 96); ó
- dolo (nº 97).

PRECISIONES Las alegaciones del error y el dolo requieren para que puedan prosperar, la **demonstración cumplida** de la existencia de dichos vicios, prueba que es de exclusiva apreciación de los Tribunales (TS 12-2-65).

- 96 Violencia e intimidación** (CC art.1267 y 1268) Existe violencia cuando, para arrancar el consentimiento, se emplea una **fuerza irresistible**; e intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un **mal inminente y grave** en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la **edad** y a la condición de la persona.

La violencia e intimidación anulan el contrato aunque se hayan empleado por un **tercero** que no sea parte en el contrato.

La jurisprudencia viene declarando que para conseguir la invalidación de lo convenido es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un **acto injusto** y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses. La propia jurisprudencia señala de modo sintético como **requisitos** de la intimidación contractual los siguientes (entre otras, TS 5-4-93; 21-7-93; 7-2-95 ; 4-10-02):

- amenaza injusta o ilícita (que tiñe de antijuridicidad la conducta);
- temor racional y fundado;
- mal inminente y grave;
- prestación de un consentimiento contractual; y
- nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado.

El temor a desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto (**temor reverencial**), no determina la nulidad del contrato.

PRECISIONES **1)** La amenaza de promover un **procedimiento judicial** contra la persona a quien se pretende intimidar, ha de reputarse injusta cuando con la misma se pretende forzar el consentimiento para otorgar un contrato (TS 21-3-50).

2) Para tener eficacia anulatoria, las **amenazas** han de ser bastantes y anteriores o coetáneas a la fecha del contrato (TS 22-4-44).

- 97 Dolo** (CC art.1269, 1270) Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. El dolo exige la existencia de un acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas y el propósito o la **intención de engañar**.

Pero no sólo manifiesta el dolo la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que **calla** o no advierte a la otra parte (dolo negati-

vo o por omisión) en contra del deber de informar que exige la buena fe (TS 11-12-06; 26-3-09; 5-5-09).

Para que el dolo constituya un vicio del consentimiento y permita la impugnación del contrato es necesario que el mismo haya sido la **causa del contrato** y que haya sido empleado por uno de los dos contratantes sobre el otro.

Cuando el dolo es **recíproco**, es decir, cuando ambos contratantes hayan empleado maniobras dolosas, se produce una compensación de culpas y el dolo no es tenido en cuenta.

PRECISIONES Los **actos posteriores** determinados por razones o causas también posteriores no pueden ser demostrativos de la existencia de un dolo, que sólo puede apreciarse con referencia al tiempo de la celebración del contrato para que produzca la nulidad de éste (TS 26-4-40).

Error (CC art.1266) El error consiste en una equivocada creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico.

98

Únicamente existen dos casos en que el error se considera **invalidante** del consentimiento contractual:

a) Cuando recae sobre la **sustancia** de la cosa que sea objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hayan dado motivo a celebrarlo, siempre que además (TS 20-11-89):

- derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar;
- no sea imputable a quien lo padece;
- y exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

b) El error sobre la **persona**, cuando la consideración a ella haya sido causa principal del contrato.

La apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con **criterio restrictivo** cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (TS 8-5-68).

El simple error de cálculo u operación aritmética, **error de cuenta**, sólo da lugar a su corrección.

PRECISIONES **1)** Para invalidar el contrato, el error debe reunir dos **requisitos** o condiciones (TS 12-6-82; 6-2-98, Rec 11/94):

- la esencialidad, es decir, sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y
- la inexcusabilidad, esto es, que no se hubiese podido evitar con una regular diligencia.

2) La justificación del **carácter esencial** del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto (TS 12-2-79).

3) El error es **inexcusable** cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las que de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (TS 6-2-98, Rec 11/94).

4) No es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación, sino que tan sólo son relevantes los motivos incorporados a la causa, o lo que es igual, la creencia errónea sobre la **motivación** misma del contrato demostrada por la expresiva conducta de ambos otorgantes acerca de lo que constituye la finalidad del contrato, y por ello el simple error sobre los motivos que decidieron a los sujetos a celebrar el contrato no origina efecto alguno (TS 21-6-78).

5) Existe error si la cosa objeto del contrato carece de las **condiciones requeridas** y que se le atribuyeron, como ocurre si se compra una parcela para construir y luego resulta que esto no era posible por impedirlo la normativa urbanística (TS 27-3-89; 28-2-90).

2. Objeto

(CC art. 1271, 1272 y 1273)

El ordenamiento jurídico civil tiende a establecerlo como aquella realidad sobre la que el contrato incide, y en relación sobre lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el **comportamiento** a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir en una cosa propiamente dicha, o en un acto de una persona constitutivo de una prestación.

En cualquier caso, el objeto o prestación que constituya la materia del contrato ha de reunir los siguientes **requisitos**: real, posible, lícito y determinado o, al menos, determinable.

100

1) Posibilidad. No pueden constituir objeto de contrato las cosas o servicios imposibles en alguna de su triple estimación: física, legal o moral. La imposibilidad originaria, total y duradera determina la nulidad de contrato.

Nada impide que puedan ser objeto del contrato las **cosas futuras**. No obstante, sobre la **herencia futura** no se pueden celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el CC art.1056 (CC art.1271 redacc L 7/2003).

2) Licitud. Pueden ser objeto del contrato todas las cosas y servicios que no estén fuera del comercio de los hombres, ni sean contrarios a la ley y a las buenas costumbres.

Bajo el concepto de **extracomercialidad** pueden colocarse los siguientes tipos de bienes:

- Los bienes de dominio público (CC art.339), es decir, los bienes destinados al uso público o los destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional.
- Las cosas que no son susceptibles de apropiación, por considerarse como cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito y del poder de apropiación del individuo (el aire, la luz, etc.).
- Los bienes no incluidos en el patrimonio y por tanto sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares (estado civil de las personas, derechos de la personalidad, etc.).
- Aquellas cuyo comercio está prohibido por una disposición legal.

101

3) Determinación. El objeto ha de estar determinado o, al menos, ser determinable conforme a los criterios establecidos por las partes, en forma que no pueda confundirse con otro distinto.

Se admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una **cosa futura**. No importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia. La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de cada uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la «necessitas» que es esencia de la obligación. El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay **identificabilidad**, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación.

La jurisprudencia admite que es suficiente la «determinabilidad», la cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la **determinación posterior**, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación. Para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación (entre otras, TS 12-4-71, EDJ 170; 10-10-97, EDJ 6612; 3-3-00, EDJ 1631; 12-11-04, EDJ 159609).

Cuando se trata de una **cosa genérica** –cosa determinada por su género (TS 21-10-03, EDJ 130270)–, cuya calidad y circunstancias no se hubieran expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (CC art.1167). Se trata de un supuesto de relativa indeterminación del objeto que no es obstáculo para la existencia del contrato (TS 21-10-92, EDJ 10288; 16-3-98, EDJ 970).

102

PRECISIONES Se declara la nulidad de un contrato de afiliación a un programa de servicios vacacionales por **indeterminación del objeto y del precio**.

Sobre el objeto del contrato, la redacción de la cláusula es totalmente genérica y vaga, pues no se especifica ni determina en qué consiste el programa de viajes, ni los concretos servicios vacacionales y turísticos que quedan comprendidos en él.

En cuanto a su contenido, la afiliación otorga al cliente el derecho a beneficiarse de las promociones y descuentos especiales que obtenga el tour operador en los precios de servicios asociados al programa Magic Club». Esta cláusula comporta igualmente la ignorancia sobre las **promociones y descuentos** que el cliente puede obtener, al margen de que no se articula cauce alguno para que este tenga conocimiento efectivo de cuándo se hace esa promoción o descuento, quedando por tanto en manos del tour operador el cumplimiento o ejercicio de este derecho (AP Barcelona 27-6-05, EDJ 104073).

3. Causa

(CC art.1274, 1275, 1276 y 1277)

105

Es la razón que dota de sentido a un contrato. Tiene un carácter objetivo, estando constituida por la **finalidad** que se persigue en cada especie contractual, no por los motivos o móviles subjetivos que impulsan a cada parte a contratar, si bien éstos pueden tener cierta repercusión jurídica,

siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y que los eleven a la condición de determinante del pacto concertado. En tal sentido, todo contrato tiene una causa y pese a que la misma no se exprese en el contrato, se presume su **existencia**, salvo prueba en contrario del deudor. Según el **tipo de contrato** al que nos refiramos, se entiende por causa:

- en los contratos onerosos, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte;
- en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera;
- en los sinalagmáticos, el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (TS 8-7-71, EDJ 422; 17-1-85, EDJ 7097; 21-7-03, EDJ 50784); y
- en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

PRECISIONES La jurisprudencia del TS considera que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la **función económico-social** que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico (TS 24-1-92, EDJ 541; 8-2-96, EDJ 945; 17-4-97, EDJ 2748; 17-12-04, EDJ 255235).

Causa ilícita Hay causa ilícita en los casos en que exista **fraude** de derechos legítimos y, en algunas ocasiones, fraude de acreedores, y en los contratos dirigidos a lesionar los derechos de un tercero o causar a éste daños, en las transacciones sobre el ejercicio de acciones penales en los contratos celebrados con infracción de normas legales.

Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno.

Doctrina y jurisprudencia consideran como supuestos de **falta de causa** todos aquellos en que el resultado obligatorio de la convención es jurídica y socialmente injustificado. Siguiendo a la doctrina, cabe señalar que:

- En los **contratos típicos**, hay falta de causa cuando el negocio carezca de alguno de los elementos esenciales de su estructura formal (p.e., compraventa sin precio, negocio aleatorio en que no juegue el azar), faltando dicha causa cuando dichos elementos se den sólo nominalmente.
- En los **negocios atípicos** falta la causa: del que se pretende oneroso cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones; del que se pretende gratuito cuando no medie ánimo de liberalidad; del que se pretende remuneratorio cuando no hay servicio que remunerar (Castro).

PRECISIONES 1) El CC regula dos supuestos o clases en cuanto a la falsedad o fingimiento de la causa: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es fiel exponente de la carencia de la causa y que configura la **simulación absoluta**; y, otro, aquél en que la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza, y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de **contrato disimulado** o, simplemente, simulación relativa (TS 18-7-89; 29-11-89).

2) No obstante las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los **negocios fiduciarios** de los simulados, cabe conceptuar a los primeros como aquellos en que existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un beneficio distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego; y a los segundos, como aquellos otros en que concurre una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente realizado.

Partiendo del concepto indicado, es dable establecer como **diferencias** esenciales entre ambas clases de negocios, las siguientes:

- el simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a una finalidad económica distinta de los normal;
- el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos;
- el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido (TS 28-10-88).

106

107

C. Forma

110

SUMARIO	
Libertad formal	115
Fe pública	120

111

En un **sentido amplio**, se habla de forma para designar el medio de exteriorización del que las partes se sirven para emitir sus declaraciones de voluntad. En este sentido todos los contratos son formales, pues todos necesitan de alguna forma para celebrarse. Sin embargo, en **sentido más estricto**, el término forma alude al conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica.

a. Libertad formal

(CC art.1278 y 1280)

115

La **distinción** entre contrato formal y no formal se funda, no en la ausencia de forma, sino en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Los **contratos formales** son aquellos en los cuales, bien por disposición de la ley o bien por voluntad de las partes, el contrato no alcanza plena validez y eficacia jurídica más que cuando la voluntad contractual ha sido expresada o manifestada a través de unas especiales solemnidades, particularmente a través de la suscripción de un documento. Por el contrario, con la expresión de **contratos no formales** alude a todos aquellos cuya validez, perfección y eficacia dependen únicamente de la existencia de consentimiento de los contratantes, cualquiera que sea la manera a través de la cual dicho consentimiento haya sido declarado y dado a conocer. En definitiva, unos tienen forma libre y otros una forma necesaria.

En esta materia, rige en nuestro Derecho el **principio de libertad de forma**, conforme al cual, los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez.

PRECISIONES Como respuesta a la necesidad de dotar de seguridad a las comunicaciones por Internet, se reconoce y equipara funcionalmente la **firma electrónica** a la firma manuscrita. Es necesario que la firma electrónica avanzada esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación. El estudio de la firma electrónica se realiza de forma detallada en el nº 8844 s.

116

Excepciones al principio de libertad de forma (CC art.1280) En el ámbito civil se establece un elenco de contratos que deben constar en **documento público**:

- Los que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción del dominio o de derechos reales sobre bienes inmuebles.
- Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, que deban perjudicar a terceros.
- Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.
- La cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.
- El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a terceros.
- La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.
- Aquellos contratos en los cuales la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 9,02 euros.

117

Alcance En relación con el alcance de dicha exigencia se han formulado las siguientes consideraciones:

- a) El que ciertos contratos deban constar en **documento público**, no quiere decir que sin el cumplimiento de este requisito de forma tales contratos no existan jurídicamente o que no sean válidos; los mismos existen entre las partes y las partes pueden complerse recíprocamente a llenar el requisito de forma.