

Es una obra colectiva, realizada por iniciativa y bajo la coordinación de  
**Francis Lefebvre.**

Colaboración en esta edición:

José Carlos ERDOZÁIN LÓPEZ  
[Abogado. Doctor en Derecho. Director Asesoría Jurídica PONS IP]  
Capítulos 3 y 10. Revisión Capítulo 15

Marta FLORES SEGURA  
[Doctora en Derecho. Profesora de Derecho mercantil Universidad Autónoma de Madrid]  
Revisión Capítulo 7 y 12

Juan GAITÁN REBOLLO  
[Gaitán Abogados]  
Capítulo 11

Manuel LOBATO GARCÍA MIJÁN  
[Profesor Titular de Derecho mercantil Universidad Autónoma de Madrid. Abogado-Socio Bird & Bird]  
Capítulo 4

Jorge MEDINA SÁNCHEZ SECO  
[Técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores]  
Revisión Capítulo 13

Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ  
[Doctor en Derecho, Profesor de la Universidad de Sevilla]  
Revisión Capítulo 6

Alberto PÉREZ MAROTO  
[Técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores]  
Revisión Capítulo 13

José María SÁNCHEZ GARCÍA  
[Catedrático de la Universidad de Sevilla]  
Revisión Capítulo 6

Colaboraron en ediciones anteriores: Juan Pablo Aparicio Vaquero, Alfredo Batuecas Caletrió, José Ignacio Bonet Sánchez, Ignacio Gómez-Sancha Trueba, Monika Holtmann Ydoate, Santiago Martín Gil, Francisco Navarro Gancedo-Rodríguez, Isabel Ramos Herranz, Francisco Javier Sigüenza Hernández, Baker & McKenzie, EPE

© FRANCIS LEFEBVRE  
LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.  
c/ Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid  
www.efl.es  
Precio: 111,28 € [IVA incluido]

ISBN: 978-84-17794-31-6  
ISSN: 1579-2846  
Depósito legal: M-20644-2019

Impreso en España  
por Printing '94  
C/ Orense, nº 4. 28020 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](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

**MEMENTO** **PRÁCTICO**  
FRANCIS LEFEBVRE

**Contratos  
Mercantiles**

**2019-2020**

Fecha de edición: 27 de mayo de 2019



# Plan general

	Número marginal
<b>CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES</b> .....	50
Sección 1. Régimen general .....	55
Sección 2. Protección del consumidor .....	290
Sección 3. Defensa de la competencia .....	610
Sección 4. Registro de Bienes Muebles .....	815
<b>CAPÍTULO 2. COMPRAVENTA Y CONTRATOS AFINES</b> .....	900
Sección 1. Contratos preparatorios: precontrato y opción de compra .....	905
Sección 2. Compraventa mercantil .....	945
Sección 3. Due diligence (revisión legal de empresas) .....	1295
Sección 4. Compraventas especiales .....	1340
Sección 5. Contratos afines a la compraventa .....	1695
<b>CAPÍTULO 3. PROPIEDAD INTELECTUAL</b> .....	1800
Sección 1. Cuestiones generales .....	1805
Sección 2. Contrato de edición .....	1950
Sección 3. Contrato de representación teatral y ejecución musical .....	2075
Sección 4. Contratos sobre obras audiovisuales .....	2145
Sección 5. Contrato de creación y exhibición pública de obras fotográficas .....	2350
Sección 6. Contrato de producción fonográfica .....	2385
Sección 7. Contrato de creación y explotación de CD-Rom. Contrato de obra multimedia .....	2415
<b>CAPÍTULO 4. PROPIEDAD INDUSTRIAL</b> .....	2500
Sección 1. Consideraciones previas .....	2505
Sección 2. Normas generales sobre la contratación .....	2525
Sección 3. Contratos sobre marcas .....	2555
Sección 4. Contratos sobre patentes .....	2710
Sección 5. Contratos sobre otros derechos de propiedad industrial y sobre secretos empresariales («know-how») .....	2820
Sección 6. Cláusulas comunes a los contratos de licencia .....	2855
Sección 7. Comunidad de derechos de propiedad industrial y secretos empresariales ..	2910
Sección 8. Hipoteca mobiliaria de propiedad industrial .....	2965
Sección 9. Aportación de derechos de propiedad industrial y de los secretos empresariales («know-how») a una sociedad .....	2980
Sección 10. Aspectos registrales .....	2995
Sección 11. Creación de empresas de base tecnológica .....	3020
<b>CAPÍTULO 5. CONTRATOS ASOCIATIVOS</b> .....	3100
Sección 1. Cuentas en participación .....	3105
Sección 2. Joint-venture .....	3195
Sección 3. Sociedad civil .....	3240
Sección 4. Comunidades de bienes .....	3315
Sección 5. Pactos parasociales .....	3390
<b>CAPÍTULO 6. GARANTÍAS</b> .....	3450
Sección 1. Fianza mercantil .....	3455
Sección 2. Otras garantías personales .....	3585
Sección 3. Especialidades mercantiles de la prenda .....	3705
Sección 4. Hipoteca en garantía de obligaciones mercantiles .....	3890
Sección 5. Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión .....	4125
Sección 6. Hipoteca naval .....	4190
Sección 7. Ejecución de garantías .....	4220

<b>CAPÍTULO 7. FINANCIACIÓN, GESTIÓN FINANCIERA Y CUSTODIA</b> .....	4400
Sección 1. Contrato de préstamo mercantil .....	4405
Sección 2. Arrendamiento financiero («leasing») .....	4520
Sección 3. Arrendamiento empresarial («renting») .....	4650
Sección 4. Facturación y/o gestión de cobro («factoring») .....	4685
Sección 5. Contrato de confirmación («confirming») .....	4750
Sección 6. Financiación de exportaciones sin recurso («forfaiting») .....	4770
Sección 7. Contrato de cuenta corriente mercantil .....	4805
Sección 8. Depósito .....	4860
<b>CAPÍTULO 8. ARRENDAMIENTOS MERCANTILES</b> .....	4950
Sección 1. Ejecución de obras y prestación de servicios .....	4955
Sección 2. Contrato de ingeniería (engineering) .....	5055
Sección 3. Colaboración externa empresarial (outsourcing) .....	5075
Sección 4. Contrato de comercialización (merchandising) .....	5090
Sección 5. Arrendamiento de empresa .....	5120
Sección 6. Arrendamiento de local de negocio .....	5145
<b>CAPÍTULO 9. REPRESENTACIÓN MERCANTIL Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL</b> .....	5250
Sección 1. Consideraciones generales .....	5255
Sección 2. Comisión .....	5320
Sección 3. Agencia .....	5455
Sección 4. Mediación o corretaje .....	5565
Sección 5. Concesión mercantil o distribución comercial .....	5625
Sección 6. Delegación .....	5695
Sección 7. Franquicia .....	5700
<b>CAPÍTULO 10. PUBLICIDAD</b> .....	5850
Sección 1. Consideraciones generales .....	5855
Sección 2. Contrato de publicidad .....	5935
Sección 3. Contrato de creación publicitaria .....	5995
Sección 4. Contrato de difusión publicitaria .....	6050
Sección 5. Contrato de patrocinio .....	6095
<b>CAPÍTULO 11. TRANSPORTE</b> .....	6150
Sección 1. Contrato de transporte por carretera .....	6155
Sección 2. Contrato de transporte por ferrocarril .....	6690
Sección 3. Contrato de transporte aéreo .....	6905
Sección 4. Contrato de transporte marítimo .....	7080
Sección 5. Contrato de transporte sucesivo, combinado y multimodal .....	7345
Sección 6. Contrato de servicios logísticos .....	7440
Sección 7. Juntas arbitrales del transporte .....	7455
<b>CAPÍTULO 12. CONTRATOS BANCARIOS</b> .....	7550
Sección 1. Cuestiones generales .....	7555
Sección 2. Cuenta corriente bancaria .....	7830
Sección 3. Transferencia bancaria .....	7880
Sección 4. Alquiler de cajas de seguridad .....	7920
Sección 5. Depósito bancario .....	7955
Sección 6. Tarjeta bancaria .....	8085
Sección 7. Préstamo bancario .....	8150
Sección 8. Apertura de crédito en cuenta corriente .....	8405
Sección 9. Descuento bancario y redescuento .....	8485
Sección 10. Crédito documentario .....	8575
Sección 11. Créditos sindicados .....	8600
Sección 12. Garantías bancarias .....	8615
<b>CAPÍTULO 13. CONTRATOS BURSÁTILES</b> .....	8800
Sección 1. Introducción al derecho del mercado de valores .....	8805
Sección 2. Contrato de comisión bursátil u «orden de bolsa» .....	8980
Sección 3. Contrato de compraventa de mercado de valores .....	9065
Sección 4. Operaciones con crédito al mercado .....	9190

Sección 5. Operaciones extrabursátiles .....	9260
Sección 6. Ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS).....	9285
Sección 7. Ofertas públicas de venta y suscripción de valores (OPV y OPS).....	9440
Sección 8. Contratos de dirección, colocación, aseguramiento y asesoramiento de emisiones y ofertas públicas de venta de valores .....	9460
Sección 9. Préstamo de valores.....	9560
Sección 10. Mercado de futuros y opciones .....	9610
Sección 11. Mercado de deuda pública en anotaciones.....	9675
Sección 12. Contrato de cuenta corriente del mercado de valores.....	9695
Sección 13. Contrato de custodia y administración de valores.....	9730
Sección 14. Gestión de carteras y asesoramiento financiero en materia de inversión ...	9780
Sección 15. Adquisición de participaciones significativas.....	9860
Sección 16. Normas de conducta del mercado de valores.....	9890
Sección 17. Inversión en el mercado de valores en régimen colectivo .....	9915
Sección 18. Contrato de liquidez o contrapartida.....	10170
Sección 19. Derecho penal del mercado de valores .....	10200
<b>CAPÍTULO 14. ARBITRAJE Y MEDIACIÓN .....</b>	<b>10300</b>
Sección 1. Arbitraje.....	10305
Sección 2. Mediación .....	10620
<b>CAPÍTULO 15. CONTRATOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS .....</b>	<b>10750</b>
Sección 1. Contratos informáticos .....	10755
Sección 2. Comercio electrónico .....	11100
<b>ANEXOS .....</b>	<b>11550</b>
Textos de interés.....	11555
Modelos y formularios .....	11565
<b>Tabla de disposiciones.....</b>	<b>11720</b>
<b>Bibliografía</b>	
<b>Tabla Alfabética</b>	

# Abreviaturas

<b>AEAT</b>	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>art.</b>	artículo/s
<b>ASP</b>	Application Service Provider
<b>BE</b>	Banco de España
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>BOPI</b>	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>Circ</b>	Circular
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>CNUCI</b>	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	LO 10/1995 Código Penal
<b>CPE</b>	Convenio Munich 5-10-1973, sobre concesión de patentes europeas
<b>CUP</b>	Convenio Internacional 20-3-1883, de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial
<b>DGE</b>	Dirección General de Empleo
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos
<b>DGTr</b>	Dirección General de Trabajo
<b>Dir</b>	Directiva
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>ET</b>	RDLeg 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
<b>FMI</b>	Fondo Monetario Internacional
<b>FROB</b>	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
<b>IAE</b>	Impuesto sobre Actividades Económicas
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>IPC</b>	Índice de Precios al Consumo
<b>IPF</b>	Imposición a plazo fijo
<b>JPI</b>	Juzgado de Primera Instancia
<b>JAT</b>	Junta arbitral del transporte
<b>L</b>	Ley
<b>LAR</b>	L 49/2003 de Arrendamientos Rústicos
<b>LArb</b>	L 60/2003 de Arbitraje
<b>LAU</b>	L 29/1994 de Arrendamientos Urbanos
<b>LCA</b>	L 12/1992 del Contrato de Agencia
<b>LCC</b>	L 19/1985 Cambiaria y del Cheque
<b>LCCo</b>	L 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo
<b>LCon</b>	L 22/2003 Concursal
<b>LCD</b>	L 3/1991 de Competencia Desleal
<b>LCGC</b>	L 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación
<b>LDC</b>	L 15/2007 de Defensa de la Competencia
<b>LEC</b>	L 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
<b>LECr</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882)

<b>LGDCU</b>	RDLeg 1/2007 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>LGPu</b>	L 34/1988 General de Publicidad
<b>LGT</b>	L 58/2003 General Tributaria
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria
<b>LHMPSD</b>	L 16-12-1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
<b>LIIC</b>	L 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva
<b>LIP</b>	L 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio
<b>LIRPF</b>	L 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b>LIS</b>	L 27/2014 del Ley del Impuesto sobre Sociedades
<b>LITP</b>	RDLeg 1/1993 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b>LIVA</b>	L 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido
<b>LM</b>	L 17/2001 de Marcas
<b>LMV</b>	RDLeg 4/2015 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores
<b>LNA</b>	L 48/1960 sobre Navegación Aérea
<b>LNM</b>	L 14/2014 de Navegación Marítima
<b>LOCM</b>	L 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista
<b>LOPD</b>	LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
<b>LOPJ</b>	LO 6/1985 del Poder Judicial
<b>LOTT</b>	L 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres
<b>LP</b>	L 24/2015 de Patentes
<b>LPH</b>	L 49/1960 de Propiedad Horizontal
<b>LPAC</b>	L 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
<b>LPI</b>	RDLeg 1/1996 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
<b>LRJSP</b>	L 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público
<b>LSC</b>	RDLeg 1/2010 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
<b>LSSI</b>	L 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
<b>LVPBM</b>	L 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles
<b>NRV</b>	Normas de Registro y Valoración
<b>núm</b>	número
<b>OEPM</b>	Oficina Española de Patentes y Marcas
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>OPA</b>	Oferta Pública de Adquisición de Acciones
<b>OPV</b>	Oferta Pública de Venta de Valores
<b>OPS</b>	Oferta Pública de Suscripción de Valores
<b>PGC</b>	RD 1514/2007 Plan General de Contabilidad
<b>PGC PYMES</b>	RD 1515/2007 Plan General de Contabilidad Pequeñas y Medianas Empresas
<b>RDL</b>	Real Decreto-Ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>Rec</b>	Recurso
<b>RECATT</b>	Rgto CE/772/2004 Aplicación del art.81 aptdo.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RITP</b>	RD 828/1995 que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b>RMa</b>	RD 687/2002 que aprueba el Reglamento de Marcas
<b>ROTT</b>	RD 1211/1990 que aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres
<b>SEPBLAC</b>	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias

<b>SICAV</b>	Sociedad de Inversión de Capital Variable
<b>SMN</b>	Sistema multilateral de negociación
<b>SNCE</b>	Sistema Nacional de Compensación Electrónica
<b>SOC</b>	Sistema organizado de contratación
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TDC</b>	Tribunal de Defensa de la Competencia
<b>TEAC</b>	Tribunal Económico-Administrativo Central
<b>TJUE</b>	Tribunal Justicia Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UCP 600</b>	Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios (Publicación 600 de la CCI. Revisión 2007)
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>UNCITRAL</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (United Nations Commission on International Trade Law)



## CAPÍTULO 1

# Consideraciones generales sobre la contratación mercantil

Sección 1.	Régimen general .....	55	<b>50</b>
Sección 2.	Protección del consumidor .....	290	
Sección 3.	Defensa de la competencia .....	610	
Sección 4.	Registro de Bienes Muebles .....	815	

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**.

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

A.	Consideraciones previas .....	60	<b>55</b>
B.	Requisitos .....	80	
C.	Forma .....	155	
D.	Prueba .....	180	
E.	Interpretación .....	190	
F.	Formación .....	200	
G.	Eficacia .....	230	
H.	Extinción .....	245	

### 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**:

- 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**.

**Normativa aplicable** [CCom art.50 a 63; CC art.1254] Por expresa remisión legal (CCom art.50), 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 190);
- extinción (nº 265); y
- capacidad de las partes (nº 95).

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 225) 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 375) y de las cláusulas contractuales abusivas (nº 455).

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 5455).

## 66 **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.
- La posibilidad de resolver los conflictos que afecten a derechos subjetivos de carácter disponible, con el objeto de garantizar la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos a través de nuevos sistemas alternativos, entre los que destaca la **mediación**, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la vía de los tribunales de justicia ya que, hasta la L 5/2012, se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles. Ver nº 10620 s.

## 68 **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 615); competencia desleal (nº 705).
- Los **contratos normados**, en los que la voluntad libre de los contratantes solo 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 5455).
- Especialmente importante en la moderna concepción del derecho mercantil contractual es la **protección del consumidor** final de los productos y servicios (nº 290).

## 70

**[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 4520); factoring (nº 4685); franquicia (nº 5700).
- Los **avances tecnológicos** que imponen nuevos usos (ver nº 10750 s. sobre los contratos de las nuevas tecnologías).
- 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 68), y la idea de causa ilícita (nº 147). Para la doctrina civilística, la admisión y validez de estas figuras contractuales o marcos de contratación atípicos no revisten inconveniente alguno, si su función económico-social y los fines concretos que las partes pretenden obtener quedan coherentes con los principios y límites que impone el control social en materia contractual (TS 10-7-12, EDJ 221337).

**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.

72

74

76

78

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

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). Así, por ejemplo, la modalidad de **permuta de terrenos por edificaciones futuras** suele albergar una multiplicidad de relaciones jurídicas (compraventa, permuta y arrendamiento de obras) pero ello no implica que se trate de varios contratos, sino que dan lugar a un único contrato mixto o complejo (TS 29-6-16, EDJ 104622).

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]

**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 125); y
- causa de la obligación que se establezca (nº 145).

**Precisiones** Cuando falta alguno de estos elementos esenciales del contrato estamos ante un supuesto de **nulidad** radical o absoluta del contrato (nº 243) [AP Valencia 18-5-16, EDJ 169842].

### 1. Consentimiento

[CC art.1262 a 1270; CCom art.54]

**85** El consentimiento se manifiesta como el concurso de la **oferta** y la **aceptación** sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio.

Pero 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 95); y
- que la voluntad expresada o manifestada carezca de **vicios** que incidan en su validez o eficacia (nº 110).

**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; CCom art.54]

**90** El consentimiento se manifiesta por el concurso de la **oferta** y la **aceptación** sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

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. La norma vigente no exige ya para la perfección del contrato, como en la redacción originaria del Código civil, el conocimiento de la

aceptación, pero sí la expedición de la misma en tiempo y forma que permitan inferir su recepción en el círculo del oferente y la posibilidad de su conocimiento por él con el empleo de una normal diligencia (AP Córdoba 9-10-15, EDJ 247538).

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. Ver nº 11175 s. para más información sobre los contratos electrónicos.

## b. Capacidad

La capacidad de los contratantes constituye presupuesto de **validez y eficacia** del negocio. 95

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 2905 Memento Familia 2018-2019.

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** 1) 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 concierna a la creación de sus establecimientos en territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales españoles (CCom art.15). 96

2) Se solicita la nulidad del contrato de compraventa por ausencia de consentimiento en atención a que el vendedor no se encontraba con **facultades mentales** para su prestación. Señala la AP que, toda vez que en la escritura de compraventa el notario autorizante hace constar que el vendedor «tiene la capacidad legal necesaria para otorgar la presente escritura de compraventa», y no se **desvirtúa con prueba de contrario** suficiente **la fe pública notarial**, no puede accederse a lo pedido en la demanda. La prueba necesaria para destruir tal presunción *iuris tantum* no debe dejar margen racional de duda, puesto que la adveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre (TS 7-10-82, EDJ 5807); además, existe un principio general favorable a la capacidad mientras no se pruebe lo contrario y el criterio de que las dudas han de solucionarse a favor de la situación de capacidad y no a la inversa. En este caso, no resulta prueba suficiente para desvirtuar el juicio de capacidad del notario la aportación de un certificado médico oficial, acompañado por simple copia fotoestática, que se dice emitido por un doctor en Neurología-Psiquiatría, pero que no ha podido ser averado y por ello sometido a contradicción y del que no puede, por tanto, descartarse que constituya dictamen verificado en términos de pura complacencia. Lo mismo ocurre con los testimonios que sobre la existencia de trastornos mentales, aportan dos personas absolutamente legas en tal materia, o la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia de invalidez permanente en cuanto el grado de afectación mental y si el interesado podía intervenir válidamente en el otorgamiento de un contrato de compraventa (AP Pontevedra 25-4-03, EDJ 94601).

**Condición de comerciante** La exigencia de la condición de comerciante como requisito subjetivo en determinados contratos, p.e., cuentas en participación (nº 3105), comisión (nº 5320), etc., hace preciso formular ciertas matizaciones: 99

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 4405).

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).

**102 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, solo 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 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).

**105 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 990).
- No pueden contraer **sociedad universal** entre sí las personas a quienes les está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (nº 3265).

### c. Vicios del consentimiento

**110** 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 120);
- con violencia (nº 114);
- con intimidación (nº 114); o
- dolo (nº 117).

**Precisiones** **1)** En principio, la voluntad se presume *iuris tantum* consciente, libre y espontáneamente manifestada, cuya presunción ha de ser destruida por la correspondiente **prueba** por quien lo alega (TS 13-12-92, EDJ 12260; 30-5-95, EDJ 2569; 25-11-00, EDJ 38864).

**2)** 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).

**3)** Desde el punto de vista procesal, la **prueba** tanto del **dolo** como de la **intimidación** incumbe a quien alega tales vicios del consentimiento, teniendo declarado el TS que el dolo es una cuestión de hecho en su aspecto externo, incumbiendo al tribunal de instancia su apreciación así como la de los hechos que integran los requisitos de la intimidación, aunque en su aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar, es cuestión de derecho que puede ser **revisada en casación**, distinguiendo la prueba de los hechos en que se basa, de la valoración o apreciación de esos hechos a efectos de determinar la clase de dolo comprobado, su carácter sustancial o accidental, y si es grave o leve (TS 21-7-93, EDJ 7463).

**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, EDJ 23643; 21-7-93, EDJ 7463; 7-2-95, EDJ 24473; 4-10-02, EDJ 37157):

- 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).

3) La intimidación debe consistir en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a sus circunstancias personales y ambientales y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un **nexo eficiente de causalidad** (TS 21-7-93, EDJ 7463).

**Dolo** (CC art.1269, 1270) El dolo, conforme a reiterada doctrina, es sinónimo de **mala fe**, y supone toda maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro, e inducirle a celebrar el contrato, que de no haber concurrido no lo hubiese celebrado (AP Sevilla 27-4-11, EDJ 243054).

Para que el dolo constituya un vicio del consentimiento y permita la impugnación del contrato es necesario (AP Sevilla 27-4-11, EDJ 243054; TS 11-5-93, EDJ 4418):

- que sea **grave**, no siendo suficiente meras reticencias o disimulos;
- que el mismo haya sido la **causa del contrato**;
- que no se haya causado por un tercero; es decir, que lo realice uno de los **contratantes** sobre el otro; y
- que no se emplee por ambas partes. Cuando el dolo es **recíproco**, es decir, cuando ambos contratantes han empleado maniobras dolosas, se produce una compensación de culpas y el dolo no se tiene en cuenta.

El dolo exige la existencia de un acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas dirigidas a provocar la voluntad negocial, lo cual tanto puede producirse **por acción**, a través de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante, como **por omisión** de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de las que existe el deber de informar según la buena fe y los usos del tráfico (dolo negativo o por omisión) (TS 11-12-06, EDJ 370586; 26-3-09, EDJ 38171; 5-5-09, EDJ 72810; 18-5-16, EDJ 169842).

**Precisiones** 1) El dolo no es sino un error provocado de manera voluntaria o consciente por el otro contratante; existe error, pero a **diferencia** del simple **error** como vicio de la voluntad, en el dolo se toma en consideración de manera relevante el hecho de su provocación por medio de un artificio o maquinación fraudulenta que realiza la otra parte (AP Barcelona 16-11-10, EDJ 335895).

2) Los **actos posteriores** determinados por razones o causas también posteriores no pueden ser demostrativos de la existencia de un dolo, que solo 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. En el supuesto de error, lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no corresponde a la realidad, de forma que la ignorancia o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

114

117

120



Para invalidar el contrato, el error debe ser **relevante o esencial**, lo que ocurre cuando se dan los siguientes **requisitos**:

**a)** Ha de ser esencialmente determinante de la voluntad del contratante que lo alega; error **sustancial** o sobre las **cualidades esenciales** o verdaderamente determinantes de la voluntad (TS 6-7-92, EDJ 7387; 18-2-94, EDJ 1457; 25-2-95, EDJ 909; 19-2-96, EDJ 1322), o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (TS 12-7-02, EDJ 27766; 24-1-03, EDJ 2451; 12-11-04, EDJ 159583; 21-11-12, EDJ 262627).

**b)** Ha de existir un **nexo de causalidad** entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante.

**c)** Ha de ser un error **excusable** o no imputable al contratante que lo ha sufrido, y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según las condiciones de las personas y las exigencias de la buena fe. El error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia, media o regular, a valorar en base a las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales de ambos contratantes (TS 4-1-82, EDJ 93; 7-11-86, EDJ 7067; 28-9-96, EDJ 6436; 6-2-98, EDJ 1109; 30-9-99, EDJ 28213; 12-11-04, EDJ 159583; 17-2-05, EDJ 13268; 17-7-16, EDJ 265936). El requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuanto éste no merece esa protección por su **conducta negligente**, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por confianza infundida por esa declaración.

La **diligencia** exigible a las partes contratantes implica que cada una debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible, ya que se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba (AP Valencia 18-5-16, EDJ 169842).

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, solo da lugar a su corrección.

## 121

**Precisiones** 1) 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).

2) No es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación, sino que tan solo 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).

3) 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).

4) Cuando se habla de error, es preciso establecer una sustancial diferencia entre el **error-vicio de la voluntad** y el **error obstativo**:

- el error-vicio, regulado en el CC art.1266, provoca la nulidad relativa o la anulabilidad de los contratos (nº 249), que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos [salvo que hayan sido ellos quienes han producido el error]; y

- el error obstativo es el que se refiere a la falta de coincidencia entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente (nulidad absoluta) por falta de uno de sus elementos esenciales, de modo que el error obstativo se da cuando nunca se quiso lo que se declaró (TS 18-5-16, EDJ 169842).

5) La **prueba** del error incumbe a quien lo alega (TS 21-4-04, EDJ 17040).

6) No puede exigirse al comprador una diligencia tendente a comprobar todos los datos técnicos, económicos y financieros facilitados por el vendedor que suponga partir de un escenario de desconfianza. El tráfico mercantil descansa en la confianza negocial y en la buena fe. Cuando la **información precontractual** tiene por objeto, aún inconscientemente, conseguir que la contraparte se forme una opinión del objeto negocial distinto del manifestado contractualmente nos hallamos ante una divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real, lo que supone un vicio en el consentimiento, como elemento esencial del contrato, y su consecuencia es la posibilidad de impugnarlo, pretendiendo su anulabilidad, al tratarse de un error de los motivos, que conlleva a una apreciación errónea de los mismos que fueron determinantes para contratar (TS 6-6-13, EDJ 119038).



## 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 o posible, lícito y determinado o, al menos, determinable.

La consecuencia jurídica de un contrato **sin objeto o con objeto ilícito** (al igual que si faltara alguno de los otros elementos del nº 80) es la nulidad radical o de pleno derecho, que puede solicitarse en cualquier momento (es imprescriptible), incluso oponerse por vía de excepción, e incluso acordarse de oficio.

125

**Posibilidad** [CC art.1271 y 1272] El objeto debe ser real o posible, lo que supone que la cosa ha de **existir** en el momento del contrato o por lo menos que pueda existir en lo sucesivo. De ahí que 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.

129

**Precisiones** 1) Debe diferenciarse la imposibilidad existente en el momento de la perfección contractual (fase de formación del contrato), de la **imposibilidad sobrevenida** (con posterioridad a la perfección y antes de estar constituido el deudor en mora); y cuyos efectos jurídicos son en el primer caso el de la nulidad contractual, y en el segundo el de la liberación de la prestación (TS 30-4-02, EDJ 13110).

2) La imposibilidad, a los efectos del CC art.1272, la que determina la nulidad del contrato solo puede apreciarse cuando **no hay culpa del deudor** (TS 5-5-86, EDJ 2955; 15-2-94, EDJ 1332; 20-5-97, EDJ 2667, etc.), culpa que existe cuando se conoce la causa, o se podía conocer o era previsible (TS 7-10-78, EDJ 356; 15-2-94, EDJ 1332; 30-4-02, EDJ 13110), o cuando la imposibilidad ha sido provocada por el mismo deudor (TS 17-1-86, EDJ 659; 5-5-86, EDJ 2956; 15-2-94, EDJ 1332; 13-5-08, EDJ 66894).

3) No cabe hablar de imposibilidad cuando se puede cumplir con un **esfuerzo de voluntad que venza la dificultad** inicial (TS 20-5-97, EDJ 2667; 6-6-08, EDJ 90707).

**Compraventa de cosa futura** Nada impide que puedan ser objeto del contrato las cosas futuras, entendiendo por cosa futura aquella **cosa que se espera** según el curso natural de las de su especie y que por lo tanto ha de venir porque aún no existe en el momento de la celebración del contrato (TS 31-12-99, EDJ 43940).

131

En este tipo de compraventas existe una **obligación del vendedor** de hacer lo posible para que tenga realidad la cosa futura y pueda entregarla tal como se ha pactado (TS 11-12-09, EDJ 307260).

**Precisiones** 1) Las primeras y principales manifestaciones del contrato de venta de cosa futura esperada tuvo su origen en el ámbito de la **venta de cosechas** antes de su producción, y hoy es usual en materia de **construcción y urbanismo** (TS 31-12-99, EDJ 43940), como la compraventa de vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, quien deberá pagar el precio pactado (TS 22-3-93, EDJ 2785).

2) Es posible la compraventa sobre cosas futuras, con independencia que la cosa sea o **no propiedad del cedente** o transmitente, pues, en caso de no serlo daría lugar a otras consecuencias jurídicas pero no a la nulidad del contrato por inexistencia de objeto (TS 25-9-06, EDJ 306305).

3) 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].

**Licitud** [CC art.1271] 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**.

135

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.

**Precisiones** 1) El objeto de la compraventa no es «posible», está fuera del comercio, por cuanto se trata de **parte de una finca** matriz propiedad de las actoras que, aunque delimitada en su extensión y localización, y aceptada por el comprador, no ha podido ser segregada, lo que hace imposible por parte de las vendedoras la entrega en los términos definidos en el contrato (AP Teruel 19-11-13, EDJ 237443).

2) La nulidad radical a que conduciría la falta en el contrato de alguno de los elementos del mismo -en este caso la falta de objeto que esté dentro del comercio de los hombres- sería un vicio que afectaría al contrato en su conjunto, sin que resulte admisible la pretensión de declaración de **nulidad parcial** (TS 7-7-08, EDJ 166680).

**138 Determinación** (CC art.1273) 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. 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 la 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 sí 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). La determinabilidad, por tanto, equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo. Es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de **uno de los contratantes** (CC art.1256), ni a un **nuevo acuerdo** entre ellos (TS 8-3-02, EDJ 3515; 12-6-08, EDJ 118939).

Se admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una **cosa futura** (nº 131). 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.

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 exigir-la 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).

**139** **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)

**145** Es la razón que dota de sentido a un contrato. La causa es el **fin que se persigue** en cada contrato, en sentido objetivo. No quiere decir con ello que los móviles o motivos subjetivos carezcan de trascendencia jurídica, lo que ocurre que para que lo tenga, es necesario que sean reconocidos por ambos contratantes y que se eleven a condición determinante del pacto concertado, y debidamente se exprese (TS 21-7-03, EDJ 50784).

La causa constituye la **razón objetiva**, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (TS 17-4-97, EDJ 1775). En tal sentido, todo contrato tiene una causa y pese a que la misma no se exprese en el contrato, se **presume su existencia** y su licitud, salvo prueba en contrario del deudor (TS 31-5-99, EDJ 12477; 5-5-86, EDJ 2955; 19-7-89, EDJ 7480; 19-11-90, EDJ 10485; 23-7-94, EDJ 6190).

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 30-6-71, EDJ 422; 17-1-85, EDJ 7097; 21-7-03, EDJ 50784); y
- en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

**Precisiones** 1) 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, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico (TS 24-1-92, EDJ 541; 8-2-96, EDJ 945; 17-4-97, EDJ 2748; 17-12-04, EDJ 255235; 24-11-16, EDJ 218745).

2) «Para llegar a **causalizar una finalidad** concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo» (TS 19-6-09, EDJ 225071).

3) La existencia o inexistencia de la causa es una cuestión de hecho, reservada, por tanto, a los **tribunales de instancia** (TS 12-6-08, EDJ 173069).

**Contratos con causa ilícita o sin causa** (CC art.1275) Los contratos sin causa o con causa ilícita son **nulos** de pleno derecho y no producen efecto alguno.

Es **ilícita** la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Hay causa ilícita en los casos en que exista fraude de derechos legitimarios 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 y en los contratos celebrados con infracción de normas legales.

El **propósito ilícito buscado por ambas partes** ha sido elevado por la jurisprudencia (TS 20-7-06, EDJ 105580; 19-2-09, EDJ 16801; 24-4-13, EDJ 78173; 10-6-15, EDJ 116785) a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo. Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorga y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico (TS 24-11-16, EDJ 218745).

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 solo nominalmente. Así, por ejemplo, en las compraventas la ausencia de precio determina falta de causa y ocasiona la nulidad absoluta (TS 10-11-92, EDJ 11023, 6-10-94, EDJ 7824, 27-6-96, EDJ 4784; 13-3-97, EDJ 2357), siendo cuestiones distintas la falta de pago o entrega del precio y su total inexistencia (TS 28-9-06, EDJ 275320).
- 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** La **inexistencia de una causa** que justifique los efectos perseguidos por el acto o negocio jurídico determina una ineficacia estructural que por sí sola comporta la nulidad radical y automática del acto o negocio jurídico llevado a cabo, al margen de otros posibles vicios que puedan concurrir en el consentimiento prestado por las partes (TS 29-9-16, EDJ 163336).

**Contratos con causa falsa** (CC art.1276) La expresión de una causa falsa en los contratos da lugar a la  **nulidad**, si no se prueba que estaban fundados en otra verdadera y lícita (esta prueba aparece cumplida en el caso resuelto por TS 28-9-01, EDJ 31023).

La causa falsa presupone una **discordancia** entre lo que **se quiere**, en realidad, y lo que **se manifiesta**, que no se ajusta a la verdadera voluntad de los contratantes o de uno de los contratantes.

La doctrina jurisprudencial (entre otras, TS 18-7-89, EDJ 7417; 22-3-01, EDJ 2320) ha distinguido dos supuestos o **clases** en cuanto a la falsedad o fingimiento de la causa:

**a) La simulación absoluta**, caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de la causa (ver nº 147). Se trata de la apariencia de negocio jurídico; las partes, de común acuerdo, constituyen lo que no es más que uno aparente, que carece de causa. No existe negocio alguno; cae en la categoría de inexistencia; es un negocio que no existe, aunque parezca que sí lo hay (TS 4-4-12, EDJ 53386).

147

148

150

b) La **simulación relativa**, en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado. Es decir, 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. «Para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado [el verdaderamente querido celebrar bajo la apariencia de otro] sea plenamente válido» (TS 1-4-00, EDJ 4346).

La nulidad del contrato por simulación relativa de la causa no priva, *per se*, de **eficacia jurídica al negocio encubierto** o disimulado, siempre que se cumplan las exigencias formales que, en su caso, imponga la ley a éste último (ver Precisiones -nº 151-).

La determinación de la existencia o falsedad de una causa contractual es una cuestión de hecho que compete apreciar a la **sala de instancia**, previo examen de las pruebas practicadas, y su labor en este sentido ha de ser respetada mientras no se acredite que su apreciación es equivocada (TS 24-4-13, EDJ 78173).

La causa que se denuncia como falsa ha de **probarse** por quien la aduce. Y no se impone la carga a la parte contraria, en razón a la presunción legal sobre su licitud que establece el CC art.1277 (TS 17-9-02, EDJ 34258).

151

**Precisiones** 1) En la práctica es frecuente la **donación de inmueble encubierta** bajo la apariencia de una **compraventa** simulada. La cuestión de si es válida dicha donación ha sido tratada en numerosas ocasiones por el TS con criterios discrepantes:

- Existen pronunciamientos que afirman que la nulidad de la compraventa por simulación relativa de la causa no priva de **eficacia** jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (entre otras, TS 31-5-82, EDJ 3529; 19-11-87, EDJ 8463; 9-5-88, EDJ 3853; 19-11-92, EDJ 11447; 21-1-93, EDJ 292; 20-7-93, EDJ 7386; 14-3-95, EDJ 777; 2-11-99, EDJ 33532).

- No obstante, la posición actual parece declarar **nula** la donación disfrazada bajo la apariencia de compraventa, ya que aunque ésta conste en documento público respecto a los inmuebles, carece de los requisitos de forma exigidos en la normativa aplicable. Es decir, la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del CC art.633, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario (TS 11-1-07, EDJ 8520; 26-2-07, EDJ 13387; 5-5-08, EDJ 56455; 4-5-09, EDJ 82790).

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, EDJ 8482; 17-9-02, EDJ 34258).

## C. Forma

155

Libertad formal .....	160
Fe pública .....	175

156

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.