



EMPRESAS FUNDADORAS

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

BBVA

IBERDROLA

EMPRESAS EXTRAORDINARIAS

CAJA NAVARRA

EL CORTE INGLÉS, S.A.

IDOM

INDUSTRIA DE TURBO
PROPULSORES, S.A. (ITP)

SANITAS, S.A DE SEGUROS

EMPRESAS ASOCIADAS

ACERALIA GRUPO ARCELOR

AESE - PORTUGAL

CIVISA

DELOITTE & TOUCHE

ESCUELA SUPERIOR DE ECONOMÍA Y
NEGOCIOS - SAN SALVADOR

GRUPO RÍOPISA

INSTITUTO INTERNACIONAL SAN TELMO

MECANIZADOS GINÉS, S.A.

NUCLENOR

REPSOL YPF

SÁNCHEZ PINTADO, NÚÑEZ & ASOCIADOS

SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS

SISTEMAS ESTRATÉGICOS

TAKET CORPORATE, S.L.

FOROS

FORO EMPRESARIAL PARA EL
DESARROLLO DE BURGOS

FORO DE EMPRESARIOS DE CÁCERES

FORO DE EMPRESARIOS DE CANTABRIA

FORO DE EMPRESARIOS DE CASTILLA Y LEÓN

FORO EMPRESARIAL REGIÓN DE MURCIA

FORO DE EMPRESARIOS DE NAVARRA

José Antonio Doral

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON

CUADERNOS EMPRESA Y HUMANISMO

92



INSTITUTO EMPRESA Y HUMANISMO
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ÍNDICE

I. PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL MODELO DE CONTRATO	5
II. CRITERIOS DE JUSTICIA	25
III. CRITERIOS ÉTICOS	34
IV. CRITERIOS ECONÓMICOS: LA EXPANSIÓN DE LAS OPERACIONES MERCANTILES	38
V. CRITERIOS SOCIALES: LA CULTURA DE LA SERIEDAD	43
VI. CRITERIOS RELATIVOS A LA PERSONA HUMANA	45
VII. EL CONTRATO Y LA ECONOMÍA DE EMPRESA	47
VIII. CONTRATO Y LIBERTAD DE EMPRESA	47
IX. TENDENCIAS ACTUALES	52
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	65

abril 2005

© Instituto Empresa y Humanismo

Universidad de Navarra

ISSN: 1139 - 8698

Depósito Legal: NA 638/87

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S. A.

Imprime: Idazluma, s.a.



LOS CONTRATOS SON LO QUE SON

José Antonio Doral

Nota Biográfica

José Antonio Doral García es catedrático de Derecho Civil. Su vida profesional ha estado siempre unida a actividades docentes y académicas que ha desempeñado en diversas universidades: Santiago de Compostela, País Vasco, Granada y, principalmente, Navarra.

Autor de numerosas monografías sobre las materias comprendidas en el área de Derecho Civil, ha prestado especial atención al análisis de cuestiones puntuales en la propiedad y derechos reales y a los contratos. Uno de estos trabajos lleva por título "El contrato como fuente de obligaciones", libro relacionado con el que ahora se publica en este Cuaderno, que versa sobre las fuentes de los contratos en la creciente expansión de las formas que actualmente toma la llamada 'contractualización'.

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON



José Antonio Doral

I. PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL MODELO DE CONTRATO

I. 1. El espíritu de libertad

Hay un proverbio medieval que da un consejo realista con profundo sentido jurídico: "si quieres vivir en paz, escucha, observa y calla". En definitiva, se trata de agudizar los sentidos: oídos para escuchar, ojos para ver, boca para hablar o, en su caso, para callar. Tal recomendación es particularmente utilizable en esa faceta humana de asumir compromisos, propia de la natural toma de decisiones personales. En ese área de deliberación y realización se encuentran los contratos. En ellos confluyen, para crear el lazo social de derecho (*ligare*), los deberes de la información o indicaciones y reglas de uso (*legere*), y la adhesión a la propuesta (*diligere*).

Nunca como ahora ha sido tan intenso el uso de la libertad contractual. Una de las razones es la creciente actividad económica, pero no es la única, ni siquiera la más decisiva. De hecho, la praxis

negocial no siempre acomoda el uso al lenguaje normativo. Los contratantes desconocen con frecuencia los modelos normativos, o para ellos no es eso lo que cuenta. La práctica presta mayor atención a la novedad de la oferta o de la noticia anunciada que a los tipos contractuales, cargados de memoria histórica. Por eso también la praxis se muestra solícita a la revisión de las categorías clásicas, con el fin de liberarlas de determinados valores que han sido reemplazados por otros vigentes.

Hasta en la esfera personal y en la economía familiar reina la libertad contractual. Ante el temor de una crisis, los contratantes eligen el contrato o convenio como vehículo para establecer lazos de derecho, incluso para prever anticipadamente las circunstancias o consecuencias de un eventual litigio. Las capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, son un contrato de naturaleza

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON



José Antonio Doral

especial, que puede contener disposiciones patrimoniales y personales. Acordada en su caso la separación, los convenios que la regulan son una transacción.

La contractualización del Derecho de familia¹, la privatización de la gestión pública, la serie concatenada de contratos o los medios convencionales para remediar las carencias del funcionamiento de la justicia denotan la abundancia y variedad de usos de la libertad contractual.

Como es natural, tal difusión suscita nuevas hipótesis y modalidades, que han aconsejado introducir en la literatura jurídica un capítulo sobre las "Transformaciones actuales del contrato", en un marco de pluralismo contractual que pretende remontar épocas y lugares, luchar por la modernización, por la armonización.

Decir que los contratos son lo que son puede parecer a primera vista una perogrullada. Sin embargo, confirma que, por lo común, los contratos se cumplen; y se cumplen según el programa

previsto, lo que equivale a decir que viven con vida propia desde el momento en que nacen a la vida social. Su cumplimiento ha de ser conforme a la relación contractual tal como es y del modo en que se presenta; ha de exigirse que las obligaciones se cumplan en su integridad (*pacta sunt servanda*).

Esta frase se emplea en las motivaciones de resoluciones judiciales, de ordinario con motivo de la calificación de los contratos innominados o atípicos. Así se llaman los sin nombre, los que no tienen una denominación legal sino la atribuida por las partes, pero que brotan y florecen con la misma raíz porque son contratos: lo querido por las partes contratantes en el uso de la libertad contractual².

En el ámbito forense, tal expresión se refiere directamente a que los contratos se hallan dentro del espíritu de libertad que rige el sistema contractual, y confirma que lo importante no es el *nomen iuris*. Lo que importa para su calificación es el elemento y el fin preponderantes. El *nomen iuris* atri-

buido por los contratantes al compromiso contractual no es vinculante para la calificación que hagan los jueces en una controversia.

El interés que suscita una reflexión que toma como referencia esa frase responde a que indirectamente remite a las reglas comunes de los contratos y obligaciones, y apunta las líneas de su evolución. La calificación y valoración por los Tribunales de los contratos no se ciñe, por tanto, a las distinciones entre los tipos o modelos normativos: también abarca las combinaciones entre éstos, los contratos mixtos, complejos. De manera que su identidad se aleja explícitamente de un normativismo legalista para descubrir las posibilidades creativas ínsitas en la libertad contractual. En definitiva, defiende el reconocimiento de la autonomía al margen, liberada, de su carga ideológica, del liberalismo económico y el absolutismo jurídico.

No hay que perder de vista que la misma frase admite una lectura inversa, que excluye los contratos

que en rigor no merecen la consideración de tales. Se trata de acuerdos que, porque no lo son, han de tratarse *tamquam non esset*: no cuentan con la específica tutela jurídica contractual.

De la misma manera que la libertad se manifiesta en la disposición de medios para el fin al que se tiende, el formalismo del contrato es el instrumento receptor de la libertad contractual. En consecuencia, la libertad contractual está por encima de formalismos legales, pero siempre sometida al Derecho. Por tanto, no se puede confundir la libertad contractual con el abuso o arbitrariedad que, como las maniobras o el artificio, son precisamente su negación o el abandono a la voluntad.

En este sentido es expresiva la redacción del artículo 1255 del Código civil, que recoge el principio general de autonomía privada. Según dicho precepto, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. La

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON



José Antonio Doral

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON



José Antonio Doral

regla general es, por tanto, la libertad de pacto, salvo que (por excepción) sea contraria a las leyes (imperativas), a la moral o al orden público, principios informadores del ordenamiento jurídico.

Esos parámetros limitan la libertad contractual en una consideración negativa de obstáculo o impedimento. Sirven de freno o escudo. En la vertiente positiva, confirman la superioridad del interés general sobre los intereses particulares. Estos límites permiten, en efecto, que el espíritu de libertad eleve a la consideración de causa el fin perseguido por las partes.

Prescindiendo del significado técnico que la frase "los contratos son lo que son" tiene en la calificación de cada contrato en particular (si un determinado acuerdo es una venta o donación, un arrendamiento o un comodato), me parece afortunada en el sentido más amplio de la realidad a la que en ella se alude. Ese espíritu de libertad, de colaboración recíproca, revierte en la vida social, de manera que el cumplimiento leal

de los contratos ajustados a Derecho mide el pulso de la convivencia y paz social. A *sensu contrario*, el incumplimiento generalizado de los contratos, de la prestación prometida, sería síntoma claro de una sociedad sin resortes morales ni sociales. La conflictividad jurídica viene a ser el sismógrafo de la patología social.

Sin necesidad de acudir a la sociología, que atiende a comportamientos, basta con contemplar la expansión de los contratos en la vida social y económica de nuestros días. Una sociedad de servicios no se concibe sin el intercambio de prestaciones. La gestión privada de intereses públicos sigue cauces contractuales implícitos en la privatización y explícitos en las modalidades de contratos administrativos. Los grupos de contratos ensamblan el vínculo entre grupos de empresas. Hasta en las relaciones más personales se expande la contractualización. En consecuencia, el espíritu de libertad que rige en el sistema contractual remonta ese ámbito relativo (la relatividad del contrato) para diluirse en la socie-

dad entera. Es decir, contribuye a la animación o humanización del Derecho.

1. 2. Decadencia y auge de la libertad contractual

Los autores contemporáneos vuelven a la Teoría general del contrato con el fin de contrastar la doctrina tradicional con una selección de "Tendencias actuales". Es natural que así sea, porque el Derecho no se detiene en el tiempo ni en el espacio. No obstante, algunos resultados de los nuevos análisis sorprenden al situar el contrato, con una imagen antropomórfica, ante el dilema entre la vida y la muerte.

Profesores con talante polémico, como en Italia Galgano, han titulado recientes estudios sobre el contrato con la sugerente apelación al tercer milenio. Otros autores, como Guido Alpa, apuestan por "el futuro del contrato", que rectifica la nota necrológica de quienes anteriormente clamaron por su muerte: ¿el contrato ha muerto?, ¿vive el contrato?

¿Qué ocurre con el contrato, que llega incluso a pronosticarse su muerte y luego se apuesta por su milenaria vitalidad?, ¿la elaboración clásica del contrato mantiene su valor de instrumento adecuado para resolver los problemas que suscita la sociedad actual?³ En una sociedad basada en el Derecho privado (*Privatrechtsgesellschaft*)⁴, ¿el contrato es parte del llamado "derecho viviente" o su consistencia histórica queda desplazada por otros modelos más difundidos en su cotidiana aplicación práctica?

En este punto, nuestra jurisprudencia es contundente: al afirmar que los contratos son lo que son presupone la existencia vivida, toda la riqueza y complejidad de la vida del contrato. Evoca una realidad viviente: el contrato no "consiste" en tipos.

Como podrá advertirse al filo de las consideraciones que se expondrán en estas páginas, la cuestión trasciende lo que en rigor puede entenderse por contrato, puesto que la problemática gira en torno a los postulados



básicos de las relaciones entre la libertad y la ley, entre la norma jurídica y la realidad económico-social, en donde la autonomía privada y la libre iniciativa siguen siendo los motores principales.

I. 3. Sobre la reconstrucción del contrato

Independientemente del sentido técnico con el que se emplea, la frase "los contratos son lo que son" me resulta afortunada también por estas razones:

a) Porque marca la diferencia entre el ser (que es lo que verdaderamente importa) y el modo de ser (que, a efectos de la calificación, importa menos o no importa nada). No es necesario reconducir el porqué de un acuerdo a un tipo. La autonomía y la reglamentación, los modelos normativos, pueden no coincidir pero siempre habrá una prestación preferente. En el caso dudoso, el juez competente dirá lo que sea guiándose por la observación en términos reales, los hechos tal y como se presentan. Hay contratos no reconducibles a los tipos legales.

b) Porque señala la exigencia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por cada obligado. Sólo lo que es tiende a lo que debe ser. El deber de cumplir como algo inherente al compromiso personal actualiza el modelo de comportamiento humano (respetar la palabra dada).

c) Porque la tutela judicial efectiva se dirige a resolver en todo caso si se dan los presupuestos esenciales: consentimiento, objeto, causa y forma oficial cuando sea *ad solemnitatem*.

d) En particular, porque este sentido realista viene a confirmar una presunción que recoge el Código civil en el artículo 1277: se presumen la verdad y la licitud. En último término, porque lo ordinario (*id quod plerumque accidit*) es que se acuerda algo cuando responde a una razón de justicia. Cuando se quiere se quiere algo, se quiere lo que se quiere, no otra cosa, y se quiere porque se entiende justo. No deja de ser una visión optimista del espíritu de libertad, aunque admite prueba en contrario, la inversión de la

carga de la prueba, que, en términos técnicos, alude a la causa o porqué jurídico. Si el contrato en cuestión fuera simulado, la presunción es, con frecuencia, la única prueba indirecta de la titularidad aparente.

Ahora bien, ¿reposa hoy el contrato sobre el principio de autonomía de la voluntad o hay otros principios y reglas capaces de reemplazarle? En palabras de Federico de Castro "no obstante este círculo infernal, la autonomía privada pervive". Ese círculo infernal al que alude el ilustre maestro oscila entre "la reclamación de su necesidad por los particulares y el recurso al Estado para que limite los excesos de la autonomía privada"⁵.

Con el recurso al Estado se desecha la incontrolada regla económica del *laissez faire-laissez passer*, que aboga porque el Estado se abstenga de toda intervención y se limite a guardar el orden público. En el fondo, se consideraba que la ley es un mal, aunque fuese necesario para registrar los resultados, no para dirigir el juego.

Semejante orientación inspira el adagio "*qui dit contractual dit juste*". No ya que los contratos son lo que son, sino que, si son contratos (libres al formarse), el contenido es justo. La realidad se ha encargado de desmentir tal axioma. Incluso un contrato justo y libre en su formación puede dejar de serlo en su ejecución. En esta eventualidad se fundan nuevas doctrinas acerca de la modificación de las circunstancias, la frustración del fin o la cláusula *rebus sic stantibus*: para dar entrada a la equidad como cauce moderador que restablece el equilibrio originario de las prestaciones, roto por circunstancias imprevistas. En la experiencia contraria se apoya el Derecho laboral, que subordina cada contrato individual (libre en la mejora de condiciones) a la negociación colectiva que fija los mínimos inexcusables al sector.

Por su parte la autonomía de la voluntad es una necesidad particular, tan exigente como otras necesidades de la vida. Más aún, se acude a la autonomía como medio para satisfacer necesidades imprescindibles en la vida pri-



vada y social. Baste pensar en la vivienda, la enseñanza, la salud, el trabajo o el descanso, como como los contratos de la mal llamada "multipropiedad", propiedad a tiempo compartido, para disfrutar la utilización de inmuebles (Directiva 94/97 CE de 26 de Octubre 1994, relativa a la protección de los adquirentes frente a indicaciones engañosas o incompletas, y Ley 42/98 que salvaguarda el derecho del comprador a desistir durante el período de reflexión de diez días). Hasta el medio ambiente como bien de todos interviene en las cláusulas contractuales.

La línea histórica de nuestra tradición jurídica sobre la libertad (Las Siete Partidas) destaca como inherente a la persona que cualquiera puede hacer lo que quiere, "salvo que ley o fuero se lo embargaran". Todavía hoy, ese respeto por la libertad personal excusa la ejecución forzosa de una obligación de hacer de contenido personal *in natura* cuando el obligado no quiere, le es imposible o gravemente difícil. En esos casos se admite como supletorio el cum-

plimiento forzoso por equivalencia. El dinero resulta ser también medida de cuenta de las conductas, aunque no es la principal obligación del deudor.

En una sociedad industrial, tecnificada, de información y de consumo, la libertad y la ley conforman las bases sobre las que se apoya el contrato. Ahora, la libertad contractual dinamiza el mercado con fuerza expansiva, se muestra más sensible a las necesidades personales y sociales, diseña la consistencia jurídica y define el objeto social de la empresa.

Hasta las empresas se agrupan entre sí a través de un vínculo contractual. E inspirándose en la libertad contractual se articulan las cláusulas insertas en los estatutos sobre el gobierno de la empresa por los Administradores, y las reglas de buen funcionamiento de la organización. Asimismo, se multiplican los contratos entre empresas, con pactos y cláusulas generales para mantener en equilibrio la coalición y moderar las posiciones en el vín-

culo entre "dominantes y dominadas" ⁶.

¿Hasta qué punto estas "operaciones" son contratos? No deja de ser una traducción al área empresarial de la histórica equivalencia de las prestaciones, que tiene su fundamento en la justicia contractual. La equivalencia de prestaciones se traduce al respecto en equivalencia de "posiciones". En la época romana, la *summa divisio* entre Derecho público y Derecho privado se basaba en la distinta panorámica entre las dos posiciones, distinción que ha influido mucho en el modo de pensar europeo en la concepción del contrato ⁷.

No es fácil concebir la empresa a la vez como parte contractual (el sujeto será la persona jurídica a través de sus órganos y administradores) y objeto de contrato (en las sociedades de capital, las acciones). La analogía con la propiedad siempre deja abierto el flanco a la idea de comunidad: comunidad de fines, comunidad de trabajo, de proyecto a realizar en común. La consideración de

los "intereses sociales", su defensa y promoción, define la individualidad de la empresa. La empresa es una entidad dotada de vida propia, trabajo, organización, fin. Por sí misma no es sujeto de derecho: abundan uniones sin personalidad pero legitimadas para la defensa de sus intereses.

1. 4. El lado espiritual de la empresa

Cierto que la empresa no se entiende fácilmente sin recurrir a la idea de propiedad o de universalidad de bienes tomada como conjunto (el establecimiento o fondo de comercio). Ahora bien, no debe olvidarse que su dinamismo social excede del estático *poder sobre* los elementos materiales y humanos.

Se ha dicho que la empresa sin precisiones jurídicas abarca las formas más variadas bajo las que una actividad económica puede manifestarse (De Roux) ⁸. Pero todas esas formas tienen en común el "lado espiritual" de la empresa, que es el que anima las dimensiones solidarias. La clien-



tela, por ejemplo, entra en la valoración del fondo del negocio: son personas que tienen valor pero no precio. Sin precio no hay venta. La venta de la empresa es un contrato sobre un negocio o sobre el fondo de comercio, y así se describe en la jurisprudencia (Sentencia 13 de noviembre de 1992; 26 de octubre de 1991)⁹. En la transmisión de empresa no sólo se “desplaza” un valor económico de un patrimonio a otro. El espíritu de libertad del contrato se comunica con el lado espiritual de la empresa en las modificaciones.

El espacio de libre iniciativa es compatible con la política del *consumer protection*. La dignidad social de los consumidores no legitima un control de empresa, gravándola con la observancia de normas que repercuten en perjuicio de quien se protege por el aumento del coste del servicio o de los productos. La economía procesal evita juicios, y la disminución de gastos es un criterio atendible.

El “dogma dirigista” de la economía se pliega ante un equilibrio entre “intereses del mercado” y “actividades de empresa”. El control social de empresa y el llama-

do orden público “tecnológico” inciden en el contexto de las relaciones laborales. El salario justo deriva del contrato de trabajo y la transformación tecnológica de la empresa suele mejorar las condiciones, la relación de trabajo y el ámbito familiar, pero frecuentemente restringiendo contratos o sustituyendo las obligaciones por el equivalente de una indemnización.

“Los contratos son lo que son” supone que en realidad sean contratos, esto es, acuerdos que crean obligaciones exigibles de buena fe, que es cláusula general aplicable a todos ellos según su finalidad. Buen criterio jurisprudencial es resolver el conflicto (el sacrificio de la previsibilidad) de modo razonable y justo, no necesariamente según el *nomen iuris* del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo 25 de mayo de 1983).

I. 5. Autonomía privada e iniciativa económica

En el fondo, se trata de combinar dos aspectos que en la versión moderna de la autonomía de la voluntad se entienden como

interdependientes. Me refiero a la autonomía y la propiedad privada. Cada uno de estos sectores de la vida social y económica cuenta con sus propios límites, respectivamente los límites de la libertad contractual y de la libertad del dominio.

La propiedad no es ilimitada, tampoco excluyente y absoluta. La propiedad es según sean las “cosas” objeto sobre el que recae. Por eso hoy se insiste en la intuitiva expresión de Castán Tobeñas de que no hay propiedad sino propiedades. En efecto, la naturaleza de las cosas implica la exigencia de su pertenencia a un titular (*res sua domino clamant*). También las cosas abandonadas o sin dueño, término jurídico difícilmente aplicable a la empresa, cuyo dueño será el empresario diligente, de acuerdo con el origen etimológico de la palabra, de conservación y cuidado razonable.

Si bien trazar los límites de la autonomía o de la libertad contractual es relativamente sencillo, y hasta el citado artículo 1255 del Código civil lo fija, los límites de

la propiedad son acaso más difusos, precisamente por su relación con cosas tan diversas. Con mayor motivo si se trasladan a la empresa los límites del dominio y la función social. Las relaciones de vecindad traducidas al grupo de empresas serán de colaboración recíproca, de servicio, no de gravamen.

Tradicionalmente, dentro de la libertad contractual se distinguen la libertad para contratar o no y la libertad de fijar el contenido. La libertad de contratar se dificulta en Derecho moderno. Sobra pensar en más supuestos que los seguros obligatorios. La de fijar el contenido tropieza en cada caso con el análisis previo de qué márgenes deja la ley a la autonomía, de donde se siguen las cláusulas que, por exorbitantes, quedan fuera del pacto, se tienen por no puestas, acudiendo a una ficción, porque efectivamente se han puesto.

Las diferentes orientaciones sobre el Derecho de obligaciones y contratos se encuentran afectadas por nuevas técnicas de



comercialización, y en particular por reglas de información, en la etapa precontractual. Se trata de cláusulas negociales sobre el contenido del contrato o condiciones generales, más frecuentes en los contratos de empresa¹⁰.

En la vertiente contractual, las condiciones generales son el enlace entre empresa y cliente, que las corrientes económicas han configurado dentro de los límites jurídicos para que la sumisión del cliente a dichas condiciones no venga impuesta arbitrariamente¹¹.

En último término, se trata de no dejar al arbitrio de una de las partes el contenido de un lazo que de común acuerdo une a ambas. Esto es lo que prescribe el artículo 1256 del Código civil en su versión clásica en un contexto de "microeconomía": la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En efecto, mal puede calificarse de contrato, de haber ambos convenido en que sea uno de ellos quien pueda

hacer y deshacer a su arbitrio lo que quiera.

1. 6. La tutela de los débiles

En esta época moderna, el Derecho es más sensible a los débiles que lo sean por razones naturales de incapacidad o inexperiencia, por razones económicas de necesidad imperiosa o simplemente por aplicación del principio de solidaridad.

El derecho de los consumidores o las reglas sobre la libre competencia en el mercado son buena muestra, ya que se inspiran en principios semejantes: defender al débil contra el fuerte, favorecer a la parte económicamente débil o restablecer la igualdad de armas, eliminar las cláusulas por sorpresa con la interpretación a favor del adherente, en particular, la transparencia del mercado y de la empresa.

Más que una dirección de la economía se trata de impedir la dirección del contrato a través de cláusulas unilateralmente impuestas: tales son las de gestión del

riesgo del contrato, las previsoras de esa enfermedad del crédito que es la morosidad, o la muerte por insolvencia del deudor.

En particular, la transparencia del mercado y de la empresa son una garantía, un escudo o muro de contención para frenar al agresivo "profesional", avezado en estas lides de conquista del mercado. Es la lucha entre el empresario sagaz y el iletrado ingenuo y necesitado o, peor todavía, cautivo. ¿Cómo hablar de un contrato con la contraparte en cautividad? El consumidor ("público de mediana cultura") burlado¹² se encuentra en situación semejante a la del cliente ante una empresa competitiva, precavida y organizada.

Lo cierto es que en la realidad no siempre sucede así, por más que sea razonable la "depuración" de cláusulas exorbitantes. Ni el empresario es tan versado ni el consumidor defraudado tan ignorante. Aunque no es exagerada la afirmación de que entre dos que pelean sale con ventaja el mejor informado. En versión norteamer-

icana, el consumidor es inteligente y libre si está bien informado.

1. 7. Entre Economía y Derecho

¿Puede decirse que es preciso reflexionar no tanto sobre el análisis económico de las reglas e instituciones jurídicas como para elaborar las bases de una Economía de Derecho? Muchas propuestas de actualizar el contenido de los contratos y de eliminar categorías conceptuales obsoletas se traducen en una importante repercusión económica. Entre otras, elevar los costes de las transacciones por la necesidad de formalización en la fase precontractual. También la garantía de la responsabilidad por productos o la defensa del consumidor. Estas implicaciones son las que pueden alterar el equilibrio entre contrato y mercado.

Para indicar que en estos campos fronterizos o interdependientes debe primar el Derecho sobre la Economía suele acudir a la garantía de la ley imperativa, por ser ésta la fuerza suprema en la



jerarquía de las fuentes de Derecho. Con expresión retórica se habla también de la "ley del contrato", por extensión, la "ley del mercado". No le falta razón al conocido jurista italiano Ferri, cuando observa que el mercado es esclavo de la demanda. Entre esclavos anda el juego de la libertad contractual, el dominio del contrato por una sola parte y el dominio del mercado por una empresa. No son indiferentes, en este marco, las cláusulas de exclusividad o de sumisión al fuero favorable al acreedor.

La necesidad misma se convierte para el necesitado en su propia ley: La ley extiende de este modo su manto protector, la capa bien extendida a quien acude para remediar la necesidad, o para reducirla al mínimo. No es extraño que algunos califiquen de proteccionista al sistema jurídico que sofoca otras fuentes de Derecho, como los usos y costumbres rechazadas por ser una hipoteca del pasado, pero sin advertir que abarcan, las más de las veces, reglas o máximas de Derecho (*alterum non laedere*).

La virtualidad de la lesión se extiende con la mayor expansión del *otro*. En buena medida, la crisis del efecto relativo del contrato es una manifestación del aumento de terceros perjudicados. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe (Ley 3/991)

Cabe observar que, en cada uno de esos sectores, el término "ley" se emplea con significados diferentes. En unos casos se invoca la justicia que debe regir y en todos ellos se toma como pauta de valor la conducta razonable en la vida social. No porque sean leyes sino porque sean justas.

Afortunadamente, todavía conforta leer en nuevas regulaciones, como la de la Firma electrónica (Real Decreto Ley 14/1999), que sus disposiciones no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Queda a salvo, por consiguiente, el esquema contractual común.

Por lo que se refiere a ese esquema, la elaboración conceptual ha tomado el modelo de los consensuales de que la compra-venta es el contrato de intercambio por excelencia, y el principal instrumento de la circulación de los bienes. Tal modelo ha servido para fijar un marco jurídico que se generaliza a los demás tipos: colocar a las partes en situación de equidad es también mantener el equilibrio económico.

I. 8. Sobre la transformación del contrato

El concepto clásico de contrato se basa en un acuerdo de voluntades por el que las partes contratantes se comprometen (*vinculum iuris*) a colaborar en un fin común y a llevar a cabo las recíprocas concesiones y sacrificios aceptados en el contrato. El contrato es un instrumento que crea, modifica o extingue una relación jurídica surgida del convenio.

El proceso de la formación del acuerdo originario (deberes precontractuales) abre un período de reflexión sobre el encuentro de

voluntades que sirve de base al *consensus ad idem*. De manera que el contrato sirve de instrumento para crear un "lazo de derecho" obligatorio, informado por el principio de autonomía de la voluntad, que es el cauce normal de la autodeterminación de reglas jurídicas. El acuerdo no nace de golpe, como respuesta a la problemática precontractual, con el deber de concluir lo acordado¹³. En la etapa de ejecución o conclusión se desarrolla el programa diseñado en el acuerdo originario de las partes hasta su extinción o hasta quedar agotado por haberse realizado su fin.

La etapa precontractual es la más exigente en cuanto a información. Una vez perfeccionado el contrato puede advertirse que la información es insuficiente, como de hecho sucede en contratos de transmisión de bienes o derechos que en la ejecución se presenta de modo ostensible. El defecto del bien transmitido da lugar a los problemas sobre el cumplimiento exacto (la exacta ejecución del contrato). Es necesario entonces pensar cuáles son los posibles



remedios para eliminar el defecto o para restablecer el equilibrio sinalagmático conforme estaba previsto en el programa negocial, o concretar con la acción de cumplimiento la responsabilidad por incumplimiento de la prestación originaria. El resarcimiento del daño por equivalente económico (daños y perjuicios) sustituye al cumplimiento. Pero no deja de ser preferible la ejecución *in natura*, es decir según lo pactado, mientras sea posible¹⁴. Por ejemplo, entre los remedios en la venta de cosa con vicios o defectos figuran la reparación en forma específica, la sustitución por otra de la misma calidad si es posible, la reducción del precio o la resolución del contrato.

Naturalmente, hay que distinguir entre los vicios o defectos anteriores a la venta, de los que responde el vendedor, y los posteriores, sucesivos o sobrevenidos, que pueden ser defectuosos por culpa del adquirente o debidos a caso fortuito (custodia o instalación). En este punto hay que contar con parámetros, como pueden ser la buena fe, que no sea des-

proporcionado el coste, o que el valor económico de cosa o defecto, por circunstancias externas favorables, sea muy superior al que tenía según el contrato. Se trata de evitar una pérdida económica, no de obtener un enriquecimiento sin causa justificada. Una obligación sancionatoria *ex lege* surge como medio y modelo de tutela concedido al comprador.

Ese concepto clásico de contrato está en línea con la tradición romanista. El profesor d'Ors advierte que los contratos consensuales forman una categoría que, a pesar de su utilidad internacional, fue una de las grandes invenciones del genio jurídico romano. Con esta categoría se extiende la racionalidad del consenso causal en que se centra la fuerza del contrato¹⁵.

Ante ese esquema general del contrato, un jurista de nuestro tiempo se ruboriza frente a quienes reprochan el enfoque desfasado, arcaico, inadecuado a la realidad social, de la concepción del contrato como encuentro de voluntades que forman el consen-

timiento. El consensualismo, que goza, sobre todo en Francia y en Italia, de tan buena acogida, ofrece la ventaja de la simplicidad. Hasta el punto de que sólo el consentimiento es capaz de transmitir el dominio de las cosas si éstas pertenecen al transmitente. ¿Carece de sentido emplear hoy en día el símil o ficción de que el contrato consiste en un "encuentro de voluntades"?

No es razonable -se objeta- hablar de encuentro de voluntades en un contrato entre personas que ni se conocen en el momento de prestar el consentimiento ni tienen el más mínimo interés en ser conocidas por la contraparte en la ejecución. La contratación en masa como signo del progreso económico ha producido (es la respuesta) una transformación en el concepto de contrato. Los contratos en masa miran, al igual que las leyes, al futuro, son signo del progreso, ir adelante.

Las llamadas sociedades "pantalla" son un buen ejemplo porque requieren penetrar en su "substrato" levantando el velo

jurídico (Sentencia del Tribunal Supremo 22 de julio de 1976). Por consiguiente, es una revisión del formalismo (de la persona jurídica) para ir al contrato que cobija el *substratum*. La conocida expresión de Ihering de que la forma es hermana gemela de la libertad resulta más aguda en su formulación que verdadera en su generalidad.

El avance del consensualismo respecto del formalismo de la etapa anterior acelera la evolución moderna del Derecho contractual. Aunque el sistema continental difiere del anglosajón, en donde el elemento esencial es la *consideration*, que se acerca a la causa o porqué del contrato, y cuyo fundamento objetivo es lo *reasonable*¹⁶. La promesa es la base del *contract law*, por la que una persona se impone a sí misma una obligación. Dar a cambio la *consideration* de la promesa es el contrato, un enlace de promesas¹⁷. La inejecución, *breach of contract*, es otra cosa, forma parte del *Law of torts* (Derecho de daños). La oferta sostenida por la *consideration* y la



aceptación dan la fuerza obligatoria efecto del contrato.

En esa larga evolución histórica intervienen múltiples factores. Nos referiremos ahora a los más significativos. Al final de esa evolución, en aras también del consensualismo, con respecto al acuerdo de voluntades que es su origen, nos encontramos ante una expansión del concepto de contrato que acabaría por privarle de sentido, precisamente por no ser aplicable a todas las materias indiscriminadamente, conforme a la pretensión del igualitarismo económico y la privatización, o según la contractualización generalizada en el Derecho de familia.

En tiempos modernos se prodigan modalidades de contratos con ocasión del matrimonio y cláusulas previsoras de la eventual liquidación del régimen de bienes, que comprueban que los efectos del matrimonio duran toda la vida. En expresión de un ilustre procesalista, Carnelutti, el derecho empieza allí donde termina el amor, con una consideración particular del derecho como solu-

ción de conflictos resueltos por cauces judiciales.

La doctrina clásica tiende a asegurar la formal paridad individual de los contratantes que se tutelan considerándoles iguales, mientras que la más reciente atiende a la protección de uno de los desiguales en el momento de la formación o en desarrollo. Es el caso de las disposiciones contractuales establecidas en un pacto de adhesión sin otra alternativa para el aceptante que "lo quieres así o lo dejas", o cuando una parte manipula en su propia ventaja las normas dispositivas, o cuando el contrato incorpora cláusulas abusivas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, adquirente final de los bienes de consumo¹⁸.

En nuestro sistema de contratación rige el principio espiritualista de libertad de forma. La libertad de celebrar el contrato del modo que se quiera se instaura en el Ordenamiento de Alcalá y se mantiene inalterado en el Código civil. En su virtud, los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se

hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez (artículo 1258 del Código civil). Lo que no obsta a la exigencia de forma *ad solemnitatem* para algunos contratos solemnes, o de otras formalidades prescritas de orden administrativo¹⁹.

Ese principio general se aparta del histórico formalismo romano de la vieja *stipulatio*. En ella, por el sencillo mecanismo de una pregunta (prometes) y una respuesta (prometo), el futuro deudor se obliga ante el futuro acreedor a cumplir lo estipulado sin necesidad de invocar causa o razón alguna. A cargo del promitente puede acordarse una pena para la hipótesis de que no se efectúe lo estipulado si fuera a favor de un tercero (estipulaciones a favor de tercero). La misma forma sirve de causa como negocio formal.

I. 9. Calificación e interpretación

El Código civil se refiere a ese concepto tradicional de contrato dentro de la sedimentación de su desenvolvimiento histórico, y a

ese modelo se acomodan las reglas de interpretación que han sido consagradas por un uso inmemorial, experiencia de siglos. Más que de normas, se trata de considerados consejos dirigidos a los jueces (artículos 1281 y siguientes)²⁰. Nada tiene de extraño, en consecuencia, que la jurisprudencia recoja en su evolución el núcleo básico del acto voluntario que puede considerarse como contrato: contratos son lo que son, no como las partes quieran llamarles; no importa el nombre sino la finalidad.

A los contratos inexistentes - los que no reúnen los requisitos esenciales: consentimiento, causa y objeto (artículo 1261)-, no se les pueden aplicar las reglas de interpretación de los contratos ni las relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad contractual (artículo 1101). La responsabilidad será entonces extracontractual si se produce un daño por acción u omisión voluntaria fuera del área del contrato (artículo 1902).



Pese a todo lo anteriormente expuesto la jurisprudencia ha consolidado la expresión que encabeza este trabajo: "En materia de contratos no definidos, no es lo importante el *nomen iuris* para, según él, establecer la disciplina normativa y efectos entre las partes, sino una completa regulación por las mismas, porque si son completas a ella habrá que estar, sin importar el nombre sino el ajuste a la *lex privata*" (Sentencia del Tribunal Supremo 24 de noviembre de 1981, 25 de mayo de 1983, entre otras muchas).

Con esta aceptación genérica de los contratos innominados el Tribunal Supremo orilla una versión del formalismo o nominalismo jurídico. A la crisis del formalismo entorpecedor del "Derecho vivo y viviente" ha sustituido otro nuevo formalismo que es de signo protector del débil. Formalismo que *eleva* la autonomía privada por encima de intereses bastardos de abuso y fraude, que no son precisamente su consecuencia sino su negación.

En una argumentación *obiter dicta*, una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo 1960 afirmaba (¿tímidamente?) que la legislación española está *todavía* presidida por el principio de autonomía de la voluntad, juntamente con sus límites naturales en el artículo 1255 y 1091 del Código civil. Ese *todavía* parece indicar provisionalidad (como el famoso "por ahora"), pero nuevos textos legales insisten en la supervivencia.

Baste pensar en la reciente reforma concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio). Entre sus "novedades" más importantes, frente al arcaísmo de las normas vigentes, destaca el convenio, que, según el preámbulo de la ley, es la "solución normal" del concurso. La ley fomenta el convenio en la crisis que motiva la insolvencia o iliquidez patrimonial. Una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un "negocio jurídico", en que la autonomía de la voluntad de las partes interesadas goza de gran amplitud.

A quien ha dedicado muchos años a la exposición de las instituciones jurídicas le gusta ver referencias recientes a conceptos clásicos, de los que no puede decirse que hayan gozado siempre de buena prensa. Esto ocurre con la autonomía de la voluntad y su expresión en el negocio jurídico, hasta el punto de que llegó a perder el lugar oportuno para la comprensión de las vías del Derecho en los planes de estudio. Esta

reforma concursal confirma que la autonomía de la voluntad pervive. Cuestión, por tanto, de primordial interés es la siguiente pregunta: ¿en qué condiciones pervive?

Si hasta aquí se ha visto que no importa el nombre portador de la disciplina contractual cabe preguntarse ahora por qué no importa, por qué reglas se rige el nominado por las partes y cómo influye en la interpretación del contrato.

II. CRITERIOS DE JUSTICIA

II. 1. Sobre el carácter institucional

Por ser la justicia contractual el fundamento último del contrato, en ella habrá que buscar el primer impulso de su evolución y el camino seguido en su consolidación progresiva. El Derecho sólo es si satisface exigencias sentidas de justicia. Las posibles interpretaciones del contrato corresponden a las diversas maneras de plasmar el contenido de justicia que, como criterio rector, influyen

directamente en la concepción que se tenga de él.

El modo de entender el contrato como instrumento de equilibrio de intereses presenta una conexión con postulados económicos que corresponden a diversas maneras de plasmar el contenido de justicia. Por lo tanto, "recuperar" el contrato es rescatarlo de adherencias impropias.

Que el contrato tiende a la utilidad se manifiesta en la regla *utile per inutile* que informa la interpre-



tación. De la interpretación del contrato se excluyen las cláusulas baldías, inútiles o ilusorias. Así lo confirma el artículo 1284 del Código civil, que contiene la regla (tan apreciada por el análisis económico) de la efectividad. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Pero no es la utilidad lo decisivo sino la finalidad que las partes prefirieron al establecerlas.

Las llamadas doctrinas causalistas o anticausalistas encuentran su razón de ser en que el contrato no es un molde vacío sino que debe llenarse de razón justa, que por su propia naturaleza no se agota aisladamente en lo pretendido por cada parte sino en lo debido al otro según justicia. En el plano negativo, se trata de no perjudicar a un tercero ajeno al contrato (*alterum non laedere*), en el positivo reclamar el exacto cumplimiento leal del compromiso voluntariamente asumido.

Una de las interpretaciones, hoy en descrédito como fruto del

formalismo científico, fue aquella que todavía aletea en los códigos que recibieron la influencia de la ideología liberal-burguesa de la autonomía de la voluntad. En ella coinciden las dos formulaciones que se conocen como doctrina declaracionista y voluntarista. La primera corriente destaca la exteriorización del acuerdo, el estar a lo dicho, la palabra o el hecho, mientras que las corrientes voluntaristas insisten en lo que realmente se ha querido. Lo que quieren prevalece sobre lo que dicen. Las doctrinas declaracionistas se detienen en el hecho de la palabra, oral o escrita, mientras que las voluntaristas atienden la voz que precisa la fidelidad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*). Cada una de estas posturas tiene su parte de razón pero ninguna de ellas toda la razón²¹. A la declaración ha de concedérsele la fuerza probatoria pero ella no puede aguantar toda la fuerza de ley propia del contrato²². El hecho se descubre o acredita, la norma se aplica. La ventaja de la forma es que invita a reflexionar y precisa la intención, avisa de la propia

torpeza o delata al pícaro o negligente, pero actualmente se procura superar el formalismo como el cierre desproporcionado del rigorismo. El formalismo confiere seguridad y es deseable el sentido claro, no equívoco de las palabras, la claridad del texto, pero en la duda hay que estar a lo realmente querido frente al obligado que pone como pretexto la duda del texto.

Por eso la inobservancia de ciertas formas complementarias no puede atrapar por decisión unilateral a una de las partes contratantes frente a la otra, dejándola inerte, sin posibilidad de reclamar sus derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones. La falta de una mera formalidad no provoca la invalidez de un contrato (Sentencia 9 de abril de 1956, 10 de febrero de 1989, 29 de noviembre de 1996, sobre el "proyecto básico" en arrendamiento de servicios en un contrato de arquitecto)²³. El formalismo retorna con otras finalidades de carácter protector, como proporcionar una información adecuada para facilitar la responsabilidad deci-

sional de la persona que el ordenamiento ha querido tutelar. Es un formalismo crítico que, con visión diversa y diferentes interpretaciones, flexibles e individualizadas, no trata de registrar simplemente el consentimiento sino otros factores más complejos del modo de ser el hombre en la sociedad, exigencias sentidas de justicia de las que el Derecho no puede prescindir²⁴.

Para conocer la común intención es preciso considerar la convención en su conjunto, ya que las cláusulas forman un todo orgánico, se interpretan unas por las otras²⁵. Los conocimientos jurídicos, la experiencia y el buen sentido son las mejores garantías para una buena interpretación.

Ambas construcciones doctrinales no dejan de ser muestra de que la justicia contractual se acomoda a la realidad social y que enlaza exigencias extrínsecas e intrínsecas de deberes recíprocos de las que el acuerdo por el que las partes se comprometen no puede prescindir. Las normas imperativas no quedan supedita-



das a la autonomía, a diferencia de las dispositivas que pueden o no seguirse. Los problemas contractuales encuentran respuesta en la justicia individualizada y la labor integradora del juez.

II. 2. La medida de la justicia

Actualmente, una perspectiva social conforme al ideal de solidaridad sustituye a la perspectiva individualista, de manera que se priva al llamado dogma de la autonomía de su valor pretendidamente absoluto. Un contrato no es justo simplemente porque se ha querido, antes bien se ha querido porque es justo. Se rechaza de este modo la ficción decimonónica de que lo que ha sido convenido libremente es justo, ficción que la realidad se encarga de desmentir. Las modificaciones sobrevenidas pueden alterar el equilibrio originario de las prestaciones o, de haberse conocido el error, no se hubiera vinculado en los mismos términos el acuerdo. Es ahí donde la información precisa garantiza al consumidor: débil entre dos contendientes, es

el menos informado, y más información tiene quien puede predisponer de cláusulas abusivas o vejatorias. De manera que el débil por incapacidad se acerca al débil por economía. Con buen criterio, el artículo 1288 del Código civil le retira de la plaza fuerte obtenida por esa vía de la oscuridad buscada.

II. 3. La Ley y las cláusulas generales

Las obligaciones que nacen "de los contratos tienen fuerza de ley", según proclama el artículo 1091 del Código civil²⁶. Una primera impresión de su lectura sugiere que los contratos no *son* ley, sino que *tienen* (recibida de fuera) fuerza de ley, es decir que producen efectos vinculantes a los contratantes o a quienes se subrogan en su lugar, como los herederos que suceden al causante en todos los derechos y obligaciones. En eso consiste la llamada relatividad del contrato, el efecto relativo. Una de las características de la *lex publica* es la generalidad: se dirige por igual a todos los ciudadanos,

mientras que la *lex privata*, la relatividad, sólo a los contratantes. La Ley del Consumidor y Usuarios se adapta al tráfico en masa donde el hilo de la fuente se dispersa en el mar. De cada contrato nace la correspondiente obligación, pero el contrato en masa desborda el marco jurídico, el molde se llena de contenido económico. Por eso la ley tiene que salir al paso, para destacar la prioridad de la justicia, que no aprueba la ley lo que desaprueba el ordenamiento jurídico.

Una relectura más atenta de este precepto permite avanzar en la comprensión del contrato como exponente de la justicia que marca el límite y la medida de lo convenido. En ella se fundamenta el porqué o la causa del respeto de cada uno de los contratantes a lo suyo, dar la palabra de cumplir la del otro.

El "otro" excede del reducto cerrado, está también fuera, y así se dice que la finalidad social es inherente a todo pacto con fuerza de ley o, lo que es lo mismo, digno de tutela jurídica. En los

criterios de justicia se encuentran los fundamentos racionales que inducen o inspiran una solución a un conflicto de intereses. Algunas soluciones consagradas como la *solutio retentio* confirman el primado del derecho, no repetir lo entregado por responder a un deber moral o causa justificada. La ventaja es la medida de la restitución, un límite cuantitativo, para el deudor incapaz o su representante que paga indebidamente. De manera que la debilidad o la propia torpeza no sean fuente de lucro sino medida eficaz de protección y amparo. El favor del Derecho civil para los débiles no es un privilegio que justifique el enriquecimiento, sino la restauración de una posición de igualdad equitativa a que apunta la ley con el derecho a la repetición o la restitución de lo indebido²⁷. Ciertamente que la equidad no puede servir de ariete destructor del sistema jurídico establecido por el Código civil. Es un criterio a tener en cuenta en la aplicación de las leyes, pero no para fundar sobre ella ninguna solución jurídica, salvo cuando el legislador la invo-



ca (Sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 1992). Tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de vacío legal (artículo 3.2) y dentro de los límites del enriquecimiento o provecho, soluciones en beneficio de la equidad²⁸.

A esto se debe el trato igual que reciben problemas dispersos en el régimen jurídico de cada contrato. Entre tantos otros, evitar el abuso de la posición de parte, supuestos sustancialmente coincidentes que conducen a las mismas soluciones y llevan a semejantes consecuencias jurídicas, como el buscador de dinero por la tortuosa vía judicial. La jurisprudencia fundamenta en razones de justicia y equidad que no se rompa el originario equilibrio de las prestaciones o que se restaure si se produce después un desequilibrio por razones atendibles y no previstas al formarse el contrato. La frustración del fin del contrato, la cláusula *rebus sic stantibus*, son medidas de adaptación de la justicia contractual a las circunstancias sobrevenidas. Es medida sensata, acorde con los postulados de justicia, que las

utilidades sean justamente compensadas por los riesgos (Sentencia del Tribunal Supremo 6 de octubre de 1965).

Abundan contratos que, sin tener nombre propio, llamados por eso innominados, tienen la misma fuerza obligatoria que se atribuye a los típicos o nominados, con tal de que los intereses en juego merezcan la tutela del ordenamiento jurídico y reúnan las reglas comunes a todo contrato. No importa el nombre, la experiencia jurídica en la historia, sino el ajuste a la *lex privata* cuando al nacer entra en la vida cotidiana. La relevancia jurídica de un contrato no se debe a que resuelva un conflicto de intereses sino a la contraposición de intereses de manera adecuada a su recíproca conveniencia. En definitiva, que sea conforme a la autorreglamentación de intereses privados dentro del respeto a los límites que la ley reconoce a la autonomía privada. El conflicto se origina al no respetarse esos límites o la palabra dada en los términos convenidos. Es sancionable la ventaja obtenida mediante el ejercicio no

conforme a la autonomía. Con la nulidad, el juez *ope iuris* permite a la parte desfavorecida recuperar un derecho cuyo ejercicio estaba impedido por el contrato.

De estos contratos se deduce que la finalidad imprime el sesgo peculiar a lo que socialmente tiene relevancia jurídica. Como ya se ha dicho con frase acuñada, la jurisprudencia repite que los contratos son lo que son y no como los llamen las partes. También los hechos acreditados son como ellos son y no como quisieran los litigantes que fueran. De manera que lo ontológico, el ser contrato, se enlaza con lo teleológico: servir para la convivencia social a través de la circulación de los bienes o la prestación de servicios. Para la interpretación se tiene en cuenta, además, la buena fe, la naturaleza del contrato, los usos, la equidad y la ley, que son el cortejo de la justicia contractual en una lectura no reduccionista.

En último término, la justicia, y en consecuencia la ley, son amigas de la libertad. Las personas son libres de asumir obligaciones.

La libertad para asumir compromisos y responder personalmente tiene como referencia la libertad civil, de la que es muestra la libertad contractual, libertad para contratar y para determinar libremente el contenido del contrato, siempre dentro de los límites de la justicia y la moral (artículo 1255 del Código civil, que consagra la autorregulación en ese entorno no absoluto).

II. 4. La relatividad del contrato

La versión del liberalismo individualista del contrato llegó a formular como un dogma absoluto la relatividad. Se entiende así, como un circuito cerrado, el círculo contractual. En una imagen familiar se habla del "hogar contractual", en el que tiene lugar *the privacy of contract*, así llamada por la doctrina anglosajona. En el calor del hogar no participan los extraños.

En el Derecho moderno se abre el contrato también a terceros, de manera que el principio de relatividad no es absoluto. Sin duda, todo contrato produce un efecto



reflejo que excluye tomar ese reducto como aislable del medio social. Cada día se expande el área de la relación contractual surgida, que permite la existencia de parte contractual, de quien puede serlo o de quien se convertirá en parte como subrogado. El contrato mismo, si es de ejecución sucesiva, puede cederse en fase de ejecución al cesionario (cesión del contrato). Cabe el contrato con estipulaciones a favor de tercero o por persona que se designará después. En consecuencia, la regla de que *res inter alios acta neque prodest neque nocet* pierde valor. Caben estipulaciones en beneficio de tercero y se propone como categoría relevante la de contrato en perjuicio de tercero, como el otorgamiento de un arrendamiento notoriamente gravoso.

La relatividad del contrato apunta a la existencia de la relación surgida, distinta de la oponibilidad o inoponibilidad a tercero. La inoponibilidad reside en el hecho social que como hecho jurídico puede invocar el que le favorece o perjudica. La tutela

efectiva emplea la oponibilidad en muchas de sus expresiones, como el litisconsorcio, figura de creación jurisprudencial que se dirige a no hacer ilusoria la demanda. En consecuencia, también está la justicia como derecho a ser atendido por los Tribunales (tutela efectiva), interesada en la formación y cumplimiento de los contratos.

II. 5. La equidad y el principio de buena fe

La jurisprudencia más reciente reitera expresiones dirigidas a "poner coto" al abuso que con frecuencia se reviste con un manto protector. Es el caso de la doctrina jurisprudencial conocida como "levantamiento del velo", aplicada a las sociedades que con abuso ocultan en la ficción la verdadera existencia. El levantamiento del velo permite mirar el sustrato societario, como ocurre cuando se constituyen dos personas jurídicas formal y aparentemente distintas para llevar a cabo una transmisión fraudulenta o un delito de estafa. Sigue el principio de

que *fraus omnia corrumpit*, que se generaliza en las formas conocidas de corrupción: quien en beneficio propio desvía fondos públicos y el abuso de pretensión restitutoria de un fin desaprobado por el ordenamiento jurídico. Evitar que se produzca una situación de injusticia contractual por insidias contenidas en previsiones contractuales en condiciones generales justifica las medidas de control de las cláusulas abusivas a las que responde la ley de 13 de abril de 1988, que traspuso al Derecho español la Directiva comunitaria 13 de 1993, y que introduce un mecanismo de control del contrato que ya no es estrictamente formal sino sustancial.

La nueva Ley 19/2003, de 4 de julio (en aplicación de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales, regula las consecuencias penales del blanqueo de dinero. Establece un nuevo cua-

dro sancionador en el que se incluye una tipificación expresa de las distintas acciones y omisiones infractoras aplicables en cada caso, actos, negocios y transacciones.

Con todas estas influencias, el contrato es institución básica y centro del Derecho privado. La justicia contractual supone la afirmación de sí mismo por cada parte contratante y el equilibrio mantiene la igualdad de valor entre prestación y contraprestación. El paso del origen a las modificaciones sobrevinidas consiste en la reducción a la igualdad como punto de partida donde cobran sentido los hechos que posteriormente han sucedido. Unas cosas llevan a las otras que inciden en el acuerdo; se adapta, acopla, suspende eficacia, se transforma, haciendo posible o imposible la ejecución. La intangibilidad del contrato no deja de lado la realidad social.



III. CRITERIOS ÉTICOS

III. 1. La causa lícita

El principio de libertad contractual corresponde a un postulado ético que informa la autonomía privada, esa capacidad de autodeterminación de la persona humana. La antítesis de la libertad civil -estar al pacto- es el acto ilícito. Un contrato es inequitativo por abuso de la posición de fuerza de la contraparte, ya sea concluido en estado de peligro, de inexperiencia o de necesidad, el entuerto de la usura. Frente a la ficción del acuerdo entre personas que ni siquiera llegan a conocerse está la belleza que refleja la claridad de una verdad ética: la libertad no se confunde con su antagonista, la trapisonda o enredo.

Entre los criterios morales tiene especial influencia en la contratación la buena fe. El principio de la *bona fides* es principio de integración, una característica de todo contrato cualquiera que sea su naturaleza, aunque hay algunos tipos contractuales cuya pre-

sencia indica la particularidad, como todos aquellos donde la confianza es elemento diferenciador, contratos en que la fiducia o confianza viene a impregnar todo el contenido contractual. En esos contratos, el incumplimiento es materia de sanciones civiles y penales, como la concesión irregular de crédito o los contratos de colaboración, de ordinario acompañados de cautelas y prevenciones.

En los criterios morales se funda la licitud de causa y en ella se basan también las prohibiciones de interés abusivo, el abuso de posición ventajosa, las prácticas abusivas de la posición de dominio en el mercado, la defensa y protección de los consumidores (Ley 19 de julio de 1984). La ilicitud, como la ilegalidad, son contagiosas: provocan la patología del negocio jurídico y la injusticia es la corrupción del orden moral.

Otro aspecto ético es la equidad. Mientras que la justicia supone adecuación, la equidad se

basa en la adaptación. Consiste en acomodar lo convenido a las circunstancias, como modificar equitativamente un acuerdo para restablecer la justa reciprocidad rota en circunstancias imprevisibles y excepcionales, en el que se funda la cláusula tácita *rebus sic stantibus*²⁹ (Sentencia 13 junio 1844, 9 de mayo de 1983, 4 de febrero de 1994); o pactada, como la cláusula penal en garantía de cumplimiento o anticipo de liquidación de daños, que permite al juez moderar equitativamente el exceso o desproporción; o la cláusula pactada de actualización de las prestaciones ante las alteraciones previsibles (Sentencia del Tribunal Supremo 10 de diciembre de 1990, 23 de abril 1991). La mayor eficacia en la realización de fines es fruto de la razonable combinación entre seguridad jurídica y equidad. Para ello hay que evitar el sacrificio desproporcionado carente de justificación, moderar los excesos de la libertad.

Numerosas prohibiciones se fundan en razones éticas, como la de comprar para sí los administradores y apoderados lo encomen-

dado a su gestión (Sentencia 11 de junio de 1966). La jurisprudencia adaptándose al progreso de la técnica moderna permite la autocontratación pero siempre dentro de los límites que, como la autorización, excluyen el conflicto de intereses (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de noviembre de 1956).

Dos criterios históricos que fueron tomados como éticos con carácter universal son igualmente reprobables: de una parte, el del idealismo liberal, que sostiene que si un contrato es libre en su formación necesariamente habrá de ser justo en la conclusión. La experiencia comprueba su desplazamiento con las medidas intervencionistas origen de la crisis de la autonomía de la voluntad a comienzos de siglo. De otra parte está el criterio pragmatista: si algo es útil es justo. Se trata de un criterio superior de moralidad inadecuado, muy extendido a causa de la efectividad, tan cotizada en la vertiente económica, y muy bien recibido en el mundo anglosajón.



III. 2. La justa causa

La noción de justa causa sirve, a su vez, para legitimar una retención de lo que debiera restituirse y para justificar deberes morales. El Derecho puede hacer con los deberes morales una de estas cosas:

- convertirlo en obligación jurídica (novación),
- no reconocer su eficacia, y reducirlo entonces al ámbito de la conciencia,
- atribuir efectos, como la ley 510 del Fuero Nuevo. No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o se haya impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. Es irrepitible lo que se da a causa de un convenio inmoral para el que pagó, aunque lo sea también para el que cobró. La razón es que no tutela el ordenamiento jurídico la causa inmoral ni a quien luego quiere aprovecharse de ella: la conocida regla *nemo auditur*.

También en el ámbito mercantil el principio de buena fe impide

a los contratantes aducir pretextos incumplidores que son, además, contrarios a la seguridad del tráfico mercantil (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de abril de 1982).

Entre las cláusulas generales figura que no sean contrarias a las buenas costumbres (artículo 1258). La concepción de las buenas costumbres, (*gutte sitten*) en Derecho alemán, corresponde tanto al llamado orden público de protección del débil como al de dirección o impulso, aunque apenas se invoca el término fuera de la moral sexual. En Derecho francés se entiende como concepto complementario del orden público llamado económico. Puede intervenir en los casos de contradicción posible entre la justicia y la libertad contractual como control de las estipulaciones con condiciones generales.

III. 3. Postulados éticos

Son muchas las soluciones jurídicas que tienen su fundamento en la ética. Basten, a título de ejemplo, algunas de ellas:

- la fuerza de la ley se apoya en la presión de la equidad. En la duda hay que estar por la libertad es equivalente a, en la duda, por la equidad.
- Ante el que prefiere ser demandado a cumplir lo pactado no es necesario probar la conducta rebelde para resolver el contrato (artículos 1124, 1504).
- El ordenamiento de Alcalá (en el año 1384) puso límite al caos de seis siglos para afirmar que el valor está en la palabra dada, no en el formalismo de la estipulación. Desde entonces rige el principio espiritualista de libertad de forma, uno de los principios informadores del esquema contractual.
- La ley de Azcárate de 1908 inició la lucha con la corrupción: defender al sujeto de las garras del poderoso (represión de la usura). *Servata, servat societatem, corrupta corrumpit* (Dante, *De Monarquía*). La leyenda del famoso pagaré del hebreo Shylock en *El Mercader de Venecia*, que glosa Ferrara en su libro *La teoría del negocio ilícito*. El hebreo presta dinero a un mercante con la estipulación de que si

no paga en su día le quitará una libra de carne. Es un pagaré condicional con penalidad civil de interpretación restrictiva, una libra exacta de carne, y condición potestativa, ya que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca. Muchas normas incluidas en el régimen de las obligaciones se han convertido en regla general. El abuso de derecho hoy sancionado por el artículo 7.1 surge como ejercicio de un derecho de origen contractual que tuvo su plasmación positiva en la Ley de Azcárate. El abuso del estado de dependencia frente a las víctimas de la inejecución contractual, las explotaciones abusivas de posición dominante o las cláusulas de dominación contractual, tienen el mismo fundamento, condenadas como ilícitas por abusivas.

- El jugador empedernido modera la responsabilidad si la cantidad que se cruzó en el juego es excesiva. Pleitos originados por actos reprobables. La ludopatía del artículo 1801 es modificada por la ley 34/1987 de 26



de diciembre. Se considera como "empresa de servicios" instalar el juego del bingo y las máquinas tragaperras. Esto ha sido ocasión de criterios jurisprudenciales dispares acerca del subarriendo de local de negocios. Sin duda, la desproporción entre las rentas de un arrendamiento antiguo y la ganancia obtenida por las máquinas influye en la calificación del contrato como intervención de terceros. La permanencia de la identidad con este cambio de elementos es discutible si la máxima ganancia

sobrepasa con exceso la mínima merced.

- El incauto con reclamo de publicidad engañosa o desleal, el palomo coqueto que describe el 613, extensible al que atrae a la clientela ajena con artificio o fraude.
- Las condiciones captatorias en la famosa invitación a cenar que cuenta Shakespeare: ¿cenarías conmigo mañana? Sí, si estoy vivo (condición casual). Sí, si no cambias de opinión (condición potestativa). Sí, si preparas una cena sabrosa (condición mixta).

IV. CRITERIOS ECONÓMICOS: LA EXPANSIÓN DE LAS OPERACIONES COMERCIALES

IV. 1. La economía del contrato

Por lo mismo que cada contrato tiene su "naturaleza especial", tiene un contenido económico: responde a la llamada "economía del contrato". Por medio del contrato se realizan fines de la vida económica, como pueden ser la circulación de los bienes, el tráfi-

co jurídico en los contratos traslativos de dominio como la compraventa o permuta, o la prestación de servicios, como en los arrendamientos donde el centro económico gira en torno a la posesión y al uso.

Muchas formas actuales de contratación proceden de la reac-

tivación de ideas clásicas, como la relación entre el préstamo mutuo y las operaciones de crédito. En ambos casos, los tres elementos constitutivos son la duración, a efectos de la restitución de lo dado, la confianza (*credere*), que se proyecta en el principio de confianza legítima, y el riesgo. El mayor riesgo del crédito es la insolvencia del deudor lo que explica las cláusulas de garantía y los sistemas de sanciones.

cambio de mercado. El puro voluntarismo contractual de las partes que queda al libre juego del intercambio dentro del mercado choca además con el ordenamiento registral, que responde a una orientación social, como la función social de la propiedad y sus limitaciones intrínsecas, ejercicio razonable, y extrínsecas, solidaridad del dominio³².

IV. 2. Relación contrato-mercado

El contrato es instrumento jurídico que canaliza el mercado a través de pactos y cláusulas como la de exclusiva³⁰ o no concurrencia, y principios jurídicos, como la buena fe y la lealtad en las transacciones, cautelas para evitar riesgos crediticios. Algunos países, como Estados Unidos, han hecho de la libertad de concurrencia una filosofía social, siguiendo la afirmación de Stuart Mill de que todo lo que limita la concurrencia es un mal y todo lo que la extiende un bien³¹. Se abandona actualmente la idea de que la contratación privada es asunto estrictamente personal que queda a libre juego del inter-

La relación entre contrato y mercado ofrece una nueva perspectiva al clásico modelo de contrato: la fórmula del encuentro de voluntades se reemplaza por la de iguales posiciones en el mercado, sin posición de dominio o abuso de posición de parte, concurrencia desleal, y la forma se proyecta en deberes de información y transparencia. La forma moderna es el contrato electrónico, basado en sistemas telemáticos en los que no existe presencia física simultánea y el consentimiento se presta por equipos electrónicos. El comercio electrónico es una forma de transacción e intercam-



bio de información comercial basado en la transmisión de datos por redes de telecomunicación. O el mercado de valores, en el que se contrata por sistemas informáticos.

El contrato de consumidores es una especie autónoma con lógica peculiar y basada en la eficiencia, contenido efectivo, que prescinde de las variables locales, no una categoría de contratos que corre paralela. Las prestaciones vienen intercambiadas con condiciones *standard*. La predisposición por uno y la recepción por otro son suficientes sin atribuir relevancia jurídica al acuerdo entre las partes, cambios sin acuerdo. Mientras que el consumidor que adquiere por una necesidad es protegido como débil, la sociedad consumista que crea necesidades artificiosas viene a ser un contravalor.

La fusión de formas contractuales de posible coexistencia separada permite combinaciones de contratos complejos, como locación y venta en las formas actuales del contrato de *leasing*.

La jurisprudencia se ha referido a ese fenómeno económico al decir que, como a pesar de la abstracción de las normas éstas se adaptan a la realidad social, las formas contractuales tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes se proponen llevar a cabo los contratantes, ajustándose a la variedad de necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad.

Tal adaptación del contenido económico tiene dos vías:

1º. La fusión de formas contractuales que recaen sobre el mismo objeto.

2º. La unión de varios en un sólo contrato mixto por unidad de fin. Esta adaptación se produce en los contratos de empresa. En la fusión de sociedades coinciden ambas vías.

IV. 3. El intervencionismo

El contrato es instrumento eficaz para la expansión de operaciones mercantiles, pero éstas no deben "desnaturalizar el contrato". Así, por ejemplo con la cláusula de exclusiva, en la que el ven-

dedor asume la obligación de no vender a otras personas en determinadas zonas geográficas cosas idénticas a las enajenadas en otras. Esta cláusula enlaza la obligación positiva de dar- entrega de la cosa vendida- con otra de carácter negativo- no hacer-, ambas situadas en la misma línea de principalidad y determinantes de una prestación compleja que no agota el contenido del contrato mientras no se cumplan en su integridad (Sentencia del Tribunal Supremo 18 de marzo de 1966). Las cláusulas se incorporan a la *lex contracti* como el reglamento a la ley pública, de manera que no pueden contradecir la *ratio legis* que es el "alma de la ley". Pero las cláusulas pueden ser insuficientes, oscuras, inoportunas o que en su ausencia hayan de colmarse como laguna con las cláusulas generales, de buena fe, buenas costumbres u orden público.

Muchos otros pactos se generalizan en la vida mercantil, como el de reserva de dominio admitido de antiguo como "realidad jurídica que se impone" (Sentencia 10 de junio de 1968). La Sentencia

del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1929 considera la reserva de dominio como "poderosa palanca", tan usual hoy en el comercio.

El requisito del "justo precio" en la compraventa, admitido en el Derecho histórico e inspirado en el Derecho romano y canónico, se recogió como remedio de la rescisión por lesión en más de la mitad del precio como límite de la lesión efectiva. No fue acogido en el Código civil, en el que se propugnó la solución contraria, *tantum valet res quantum vendi potest* (Sentencia del Tribunal Supremo 14 de febrero de 1966), en la que se apoya la libertad de mercado. Con ello la "fuerza del contrato" quedaba a merced de las "fuerzas del mercado", puesto que el justo valor de la cosa, que puede probarse, no coincide con el precio de la venta como corresponsivo de la entrega, sino que intervienen otros factores tales como la afección, la necesidad o la utilidad que permiten trazar los límites del mercado.



Por consiguiente, el precio de la cosa no requiere sino ser cierto, aun con notable desproporción entre el valor de lo vendido y lo entregado por ella, que no es causa de invalidez del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo 27 noviembre de 1961).

La sustituibilidad de las cosas por dinero se designa como "subrogación real" (*pretium succedit loco rei*) que ha permitido la validez de venta de cosa ajena (Sentencia 27 de mayo de 1957, 20 de mayo de 1959). La expropiación forzosa se basa en la conversión de la cosa en dinero, justificada por una causa social. La expropiación forzosa da lugar a una titularidad en cierto modo originaria, ya que nace de un acto de autoridad que determina la conversión en dinero (Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado 25 de octubre de 1952).

Los criterios económicos son relevantes para la regulación de los productos defectuosos, la gravedad de los vicios que merma valor o utilidad de la cosa.

Los créditos circulan como bienes, y eso permite su transferencia: son valores económicos

susceptibles de tráfico sin necesidad de novar sustancialmente el vínculo. La cesión de créditos constituye la base económica de los contratos bancarios. La posible sucesión en las deudas ha puesto en tela de juicio el antes llamado personalismo de las obligaciones. El mismo contrato como núcleo económico puede cederse. La cesión del contrato enlaza con el mercantil y fue recogido en la codificación italiana y en la Ley de Arrendamientos Urbanos. El contratante cedido puede oponer al cesionario excepciones derivadas del contrato. Los requisitos son la existencia de relaciones pendientes, que no tengan carácter personalísimo y que se acepte la sustitución. Los problemas a que da lugar son, entre otros, si es posible la transmisión gratuita y el asunto de la libertad de forma.

Cada vez se exige más información, tanto social como jurídicamente. Los tribunales de Trabajo en Alemania, con motivo de la emigración, confirmaron que la ignorancia del idioma constituye un riesgo inherente a la conclusión de un contrato internacional: el "riesgo lingüístico" (*Sprachris-*

cho). Por lo común, se firman o aceptan por silencio las condiciones generales que responden a criterios económicos, cláusulas limitativas de responsabilidad, que figuran en los documentos comerciales *standar*. Todo ello ha dado lugar al Derecho de consumidores que se presentan como víctimas de la concurrencia desleal, los nuevos débiles.

Entre las normas de ordenación del mercado reguladoras de la libre competencia ocupa un lugar destacado el abuso de posición dominante, con mayor motivo cuando se pasa del monopolio estatal a los operadores privados. La adaptación legislativa incluye medidas, como subvenciones y ayudas en zonas económicamente

no favorecidas, o para cimentar la madurez de un mercado.

La vertiente económica ha influido en particular en esos aspectos que giran en torno a la libertad económica:

a) La progresiva sustitución de un área de conceptualización por racionalización.

b) La superación de anteriores interpretaciones formalistas con abandono de la rigidez.

c) La tutela resarcitoria y el sistema de remedios acordados por la ley, por los usos o directamente por el contrato en el pliego de cláusulas, que caracterizan el cumplimiento y la modificación sobrevenidas.

V. CRITERIOS SOCIALES: LA CULTURA DE LA SERIEDAD

Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia destacan el valor de las normas sociales que se incorporan a la formalización de los contratos. Incluso vuelven a criterios de justicia por el cauce social. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 22 de mayo de 1956 alude al "imperati-

vo social" de velar por el mantenimiento del "precio razonable" de las cosas, por ser lo contrario, añade, fuente de situaciones anti-jurídicas e inmorales, como la necesidad agobiante de vender para pagar. En definitiva, para salir con honor de las deudas.



Una reiterada jurisprudencia repite una fórmula acuñada años atrás, como la Sentencia del Tribunal Supremo 2 de abril 1946. La evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales de tono imperativo que, de modo en general absoluto, disciplinan las relaciones de Derecho privado, imprimiéndoles carácter público a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción. Entre esas restricciones figuran las impuestas por razón de la materia, especialmente las que denotan mayor protección a posiciones sociales, como el contrato de trabajo o arrendamientos donde las obligaciones de origen legal son predominantes.

Anteriormente, la diferencia entre el Código civil, de asenta-

miento rural y el de Comercio adecuado al *usus mercatorum* se basaba en criterios sociales. El buen padre de familia del Código civil era el comerciante ordenado: bastaba que fuera ordenado.

La jurisprudencia insiste en que todas las relaciones contractuales que surjan en el ámbito socioeconómico deben estar impregnadas de una cultura de seriedad, cuando no de veracidad, sobre todo cuando hay un soporte legal suficiente y directo, como el establecido por la Ley del Consumidor y Usuarios de 19 de julio de 1984, que desarrolla lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Constitución Española. En el artículo 27.1 se establece pragmáticamente que todo vendedor responderá del origen, identidad e idoneidad de los productos que suministre o venda.



VI. CRITERIOS RELATIVOS A PERSONA HUMANA

La vida humana figura como límite a los contratos, por ser materia *extracomercium*. Hoy la industria genética plantea numerosos problemas de "cosificación" del embrión, que es un ser humano. Se generalizan tipos de contratos que contemplan la generación humana como las cosas: por ejemplo, las madres de alquiler, con compensación económica indirecta, gastos y atenciones de ordinario por el cauce de la donación onerosa. Se dan renunciaciones indirectas a la paternidad, pese a que son materias que entran en el ámbito del orden público (artículo 1814, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros)³³.

La autonomía negocial del matrimonio en crisis, los pactos prenupciales que en vía preventiva tratan de desjuridizar el divorcio o privatizar el conflicto conyugal disponen la autorregulación

frente a la indisponibilidad del *status*³⁴.

Lo relativo al estado civil no es objeto de transacción (artículo 1814). No obstante, son cada vez más frecuentes los convenios que contemplan la crisis familiar, aparte de la nueva esclavitud de las redes de contratación con emigrantes.

La *pecunia doloris* viene a ser una forma indirecta de aumentar el equivalente en caso de daño, responsabilidad extracontractual, el más que justifica la equidad. El dolor moral no tiene precio: ¿cuánto vale una lágrima? Entre los daños morales se incluyen los relativos al honor (Sentencia del Tribunal Supremo 31 de mayo de 1983).

En consideración a la persona figuran los contratos celebrados *intuitu personae*, en los que el interés hacia la propia persona de la contraparte permite dar un sesgo diferente al contenido del contrato, como la incesibilidad, la



intransmisibilidad. También se atribuye a la confianza una valoración más relevante en el error, vicios de consentimiento. Estos contratos *intuitu personae* abundan en la economía reciente en una extensa gama, como mandato, agencia, suministro o contratos de obras.

En la mediación destaca la intervención de personas. La característica de la actuación del mediador es que se limita a poner en relación a los futuros contratantes sin participar personalmente en el contrato, ni como representante de una de las partes ni como simple mandatario o comisionista suyo (Sentencia 28 de noviembre de 1956, 27 de diciembre de 1962). Qué duda cabe de que el mediador es un interesado en que el contrato se celebre, ya que de eso depende su compensación. El empleo de la mediación en materia mercantil es creciente, tanto en el comercio como en el transporte, y da lugar a diferentes figuras de interven-

ción. Así, los llamados en la terminología mercantil comisionistas de transporte, que no transportan ellos mismos sino que ponen en comunicación a los cargadores con las empresas porteadoras (Sentencia del Tribunal Supremo 14 de noviembre de 1974). El transportista de hecho es una muestra de la expansión de las relaciones contractuales de hecho con causa social típica. La mediación se propone como instrumento eficaz para la orientación de conflictos familiares y laborales sin acudir a la litigiosidad en los tribunales.

Una concepción economista del contrato tiende a equiparar el cuerpo humano con los frutos de las cosas productivas, como las donaciones de órganos o la composición de bancos, pero la asimilación a los frutos naturales es un error ya denunciado desde el Derecho romano (*dominus membrorum suorum nemo videtur*. Digesto 9.2.13)³⁵.

VII. EL CONTRATO Y LA ECONOMÍA DE EMPRESA

Las piezas fundamentales de la economía de mercado son, entre otras, las que tienen relación directa con la iniciativa y libertad contractual:

- La perfecta intercambiabilidad entre los bienes en la que se basa la libertad de mercado. La libertad de concurrencia en el clima de paridad de trato marca el proceso legislativo en curso.
- La propiedad privada de los bienes de producción, que el comunismo negó y el capitalismo fomenta.
- El atomismo de las fuerzas económicas.
- La intervención del Estado en el mecanismo de los precios de mercado.
- La transparencia de mercado.

f) La libertad de cambio en el interior del mercado y entre los diversos mercados, la libre competencia.

En estas condiciones, el contrato recibe tutela jurídica sólo cuando es medio para lograr un justo equilibrio de intereses, no sólo para las partes sino también respecto a terceros. En línea de principio el ordenamiento no tutela la disparidad, el abuso de posición o de dominio ni la desproporción entre las partes. Se considera la violencia económica como abuso de necesidad, versión económica de la usura en la doble vertiente civil y penal. Evitar que el contrato se transforme en instrumento de injusticias y desequilibrios, fuente no de obligaciones sino de comportamientos abusivos.

VIII. CONTRATO Y LIBERTAD DE EMPRESA

Es principio constitucional de mantener las líneas fundamentales de la economía de mercado y

la libre iniciativa económica, tanto pública como privada, compatible con distintas formas de



propiedad y gestión empresarial (artículos 38, 128.2 y 133 de la Constitución Española). En la sociedad contemporánea, hasta el Estado se convierte en empresario y responde incluso de los actos legislativos que violen el Derecho comunitario y causen perjuicio a los derechos particulares en determinadas circunstancias³⁶. Las vías seguidas son coordinación de soluciones, armonización, aproximación, unificación. Cuando lo que predomina no es el ejercicio del poder público sino la voluntad de las partes, el contrato es privado y sujeto a las reglas de los contratos directamente o por vía de aplicación supletoria³⁷. La legislación básica estatal y la competencia exclusiva del Estado rigen el contrato con las Administraciones públicas, el empleo del término singular de contrato y el plural de Administraciones Públicas, en el que está implícito el principio de confianza legítima, señala el marco de actividad en la colaboración del interés público con el privado o particular. Alude, sobre todo, a que el concesionario

queda contractualmente comprometido con la Administración a llevar a cabo el proyecto autorizado con cooperación mutua.

El contrato permite la colaboración como guía e impulso entre el sector público y el sector privado. En el sector público, los servicios y bienes de interés público entran a formar parte del objeto de contratos entre la Administración y particulares, de ordinario empresas, el empresario privado. En los pliegos de cláusulas y condiciones se trata de garantizar el equilibrio económico de la concesión y la previsión del riesgo ocasional. De manera que la iniciativa y el capital privado responden a esa función de participación asignada a la sociedad civil en un Estado de Derecho en el que el poder se somete también a Derecho, como indica la responsabilidad de la Administración.

La mayoría de los tipos contractuales se estructura según las vertientes o sectores del derecho de propiedad. Unos se ciñen a la disposición, como los traslativos de dominio y los de garantía;

otros atienden a la vertiente del goce y disfrute, los que componen el título más generalizado de la posesión. En definitiva, las cosas son el objeto acotado normalmente como materia de contrato, muebles, inmuebles, derechos o cosas incorporales, o servicios relacionados con el uso o disfrute de cosas ajenas.

Cuando en lugar de cosas se coloca a la empresa, las manifestaciones en el contenido de los contratos varían, como ocurre en la venta de empresa. En primer lugar, porque propiedad y empresa son realidades diferentes. Entre los elementos de la empresa figuran las cosas, créditos y propiedades. La posesión es factor importante en la empresa pero en ella no se tiene en cuenta tanto la vertiente estática como la dinámica, no interesan tanto los bienes materiales en sí sino cómo están colocados en la actividad de empresa. Más aún, no es contradictorio con la noción de empresa que ésta no tenga como elemento principal las cosas o bienes patrimoniales.

En la empresa es decisivo el aspecto de comunidad de colaboración y trabajo. El objeto social no se organiza tanto según las reglas de la propiedad como sobre todo de la sociedad, el principal contrato del que deriva el sujeto de empresa. La distinción entre los bienes y la actividad de empresa es relevante en los procesos de insolvencia, como cuando la insolvencia se declara en un país donde están los bienes y la actividad de empresa se desenvuelve en otro distinto³⁸. El contrato de empresa más conocido es el de obra, contrato de resultado³⁹.

Esto explica que más que frutos de la empresa se deriven beneficios, y que la liquidación sea el momento en el que la empresa revierte a la propiedad del dueño, esto es, cuando el reparto extingue la empresa. Los frutos son periódicos mientras que los beneficios no derivan directamente de la acción, ya que pueden no distribuirse o destinarse a la reserva, a voluntad o decisión del órgano que dirige la gestión de empresa. En la liquidación de una sociedad permanece la



sociedad como persona jurídica titular de un patrimonio en liquidación. También explica que uno de los valores más cotizados del activo de la empresa sea la clientela, que en realidad son las personas interesadas en la actividad de empresa, pero que tiene un valor económico ya que, como los elementos inmateriales, se desplazan con ella. Sin clientes, que pueden ser terceros interesados o perjudicados, no hay empresa.

Uno de los conceptos admitidos por la doctrina y la jurisprudencia es el fondo de comercio de las empresas mercantiles, que comprende los elementos materiales y espirituales de la noción de empresa (Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado 31 de octubre 1986, que admite la aportación "in natura" de un fondo de comercio a una Sociedad Anónima, criterio semejante al adoptado por las legislaciones francesa e italiana). Se trata de un concepto que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio 1985, si bien es de límites difusos, no por ello es menos atendible en cuan-

to detonador, unas veces del lado espiritual o inmaterial de una empresa como negocio, o de que hay empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, o por último, de casos en que, además de los valores patrimoniales hay otros que los sobrepasan y que se emplazan en la organización de los medios de producción. Todos estos conceptos y otros similares son susceptibles de ser valorados en el Balance.

Los arrendamientos de local de negocios plantean problemas relativos a la modificación de la empresa si el nuevo titular es causa de resolución. En términos generales, la fusión de empresa no implica nuevo titular porque es un supuesto de sucesión universal, como a la muerte de la persona física continúa el subrogado en su lugar.

Más discutible es la empresa sin ánimo de lucro, ya que entre los empresarios domina la opinión de que la empresa es para el beneficio, lo que naturalmente no excluye que el beneficio sea social.

De la misma manera que la propiedad, la empresa se diversifica según el objeto y fin. Así como se habla de propiedad familiar, hoy se ha generalizado el término empresa familiar, calificada por razón del destino, en la que los pactos componen el núcleo del estatuto y el protocolo familiar asegura la continuación a lo largo de generaciones. Conocido es el dicho popular de que la primera generación monta el negocio, la segunda lo mantiene y la tercera lo hunde. La sucesión lógica no reside en los hijos sino en la buena gestión unida la responsabilidad social del administrador⁴⁰.

La jurisdicción civil y laboral presenta aspectos conflictivos en orden a la contratación y a la responsabilidad del empresario. En principio rige el principio de reparación íntegra del daño causado a los trabajadores, y son compatibles al efecto acciones distintas. Si la normativa laboral no cubre la totalidad del daño son invocables las normas civiles, así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo 6 de octubre de 2001. La pre-

tensión indemnizatoria es única, aunque las vías jurisdiccionales sean diversas.

La extinción del contrato de trabajo lleva consigo el lanzamiento del disfrute de la vivienda por el trabajador si está vinculada causalmente con el trabajo. Así lo dispone el artículo 283 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En otro caso será preciso un nuevo proceso ante la jurisdicción laboral. El deslinde entre una relación civil, laboral o mercantil no es, como se ve, sencillo.

El aspecto jurídico de interés actual en los países que componen la Unión Europea es la determinación de los límites del ejercicio correcto de la autonomía privada en relación con los contratos de empresa. En particular, la prohibición de abuso de dependencia económica. Se entiende tal modalidad de abuso de derecho como el supuesto en que una empresa en las relaciones comerciales con otra empresa mantiene excesivo desequilibrio, comportamiento antijurídico que se realiza



por acto de autonomía privada. Es una forma de control de situaciones de disparidad de poder entre empresas y, a su vez, de límite a la autonomía de voluntad. El desequilibrio o ventaja excesiva se conoce en el sistema anglosajón como *gross disparity* y la protección del "contratante débil" figura en el artículo 3. 10 de los *Principles of International Commercial Contracts* de UNIDROIT. La prohibición de abuso de posición económica complementa el régimen jurídico de la defensa de consumidores y usuarios. El comportamiento

incorrecto de la empresa fuerte contra la débil es afín a la defensa del fuerte contra el débil en el contrato por el que el consumidor adquiere. En ambos casos falta la "igualdad de armas", principio también procesal⁴¹. La falta de información, de transparencia o el abuso de ignorancia contradicen la buena fe y cualifican el dolo, causa de engaño, coacción o la insidiosa influencia para provocar la declaración negocial emitida sin la natural libertad que sigue al conocimiento.

IX. TENDENCIAS ACTUALES

IX. 1. La armonización

Pese a la extensión del marco jurídico como lugar de encuentro entre voluntades distintas, la práctica ha reconocido figuras contractuales en las que tal esquema contractual queda desdibujado. Esto da origen a una crisis del concepto tradicional que ha durado siglos, porque en el fondo subyace la idea de estar a

lo pactado, a la palabra dada con justicia y libertad. Dar respuesta a nuevas necesidades, a una nueva economía, parece que requiere también un nuevo Derecho.

Baste pensar en el amplio campo de los contratos de empresa que presentan características propias tanto en su estructura como en el contenido y en las técnicas de control de las condicio-

nes generales. Las tendencias reformistas se producen en todos los países y se tiende a la unificación o a la coordinación de soluciones. Para ello es precisa la elasticidad de fuentes, que resulta imprescindible a la hora de comprender los nuevos modelos.

En términos generales, se tiende a que las reglas de Derecho no sean obstáculo sino estímulo al desarrollo económico y social. En esa tendencia se insiste en la necesidad de ajustar la tarea interpretativa de las normas legales a la realidad social del tiempo en que se aplican: el contexto en que la norma adquiere significado propio.

Tal intento unificador requiere examinar los tipos de contratos recibidos. En los que se basan en prestaciones correspectivas, las normas se inspiran en la igualdad del sacrificio patrimonial de cada parte contratante en relación con la contraparte. Son contratos de prestaciones correspectivas los de cambio y los aleatorios. En los contratos de cambio, el consentimiento no es suficiente para la

transferencia real, que requiere un *además* llamado modo, la tradición en la legislación española (artículos 609 y 1462 del Código civil).

IX. 2. El riesgo contractual

En los contratos aleatorios, la entidad de las prestaciones o su existencia depende de eventos futuros que, en cuanto a su realización o respecto a la consecuencias, no son determinables en el momento de la estipulación del contrato. También en los de cambio hay un aleas normal, ventaja y sacrificio que puede ser proporcionados o no, pero en los aleatorios propiamente dichos el aleas es la causa misma del contrato como intercambio de riesgos. No es posible valorar la reciprocidad al celebrarlo: en ese momento sólo se sabe que, como en el juego, uno gana y otro pierde. El modelo de contrato de cambio es la compraventa; el aleatorio el seguro. En las operaciones mercantiles suelen intervenir prestaciones procedentes de ambos tipos junto con otros contratos, como el transporte de mercadería-



as. Estos contratos, compraventa, seguros, transportes, sociedades, afectan a la autonomía contractual por el aspecto internacional que han adquirido, sobre todo en la comunidad Europea. Los diferentes modos de entender el contrato explican la dificultad del acercamiento entre las legislaciones. La aspirada vigencia de un código europeo de obligaciones y contratos sigue estos pasos relativos al ámbito de la libertad contractual, a sus limitaciones para la tutela del contratante débil y la técnica de la intervención para reprimir abusos. Mediante una interpretación coordinadora de las cláusulas, las cláusulas generales de buena fe, pretende ofrecer criterios de control judicial con modelos de praxis para la responsabilidad del productor, la disciplina de los contratos de masa y la colaboración en la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conforme al Reglamento del Consejo 44/2001, de 22 de diciembre de 2000.

El abandono de la concepción voluntarista tiene consecuencias

en la manera de entender la ineficacia de los contratos. La patología negocial cambia de signo, lo que influye en el replanteamiento de las acciones judiciales según la mayor o menor gravedad, y por tanto en las sanciones, el llamado Derecho sancionador, evitando que el más fuerte sustituya al legislador para decretar sanciones con acuerdos artificiosos y medios idóneos que podrían provocar errores que el más débil con información suficiente hubiera rechazado.

Con todo, el principio de libertad contractual permanece como uno de esos valores que por su carácter objetivo no se inventan sino que se descubren. Es como es, aunque se presenta de modo diferente en cada época histórica. En el intenso proceso de privatización por el que discurre la economía reciente sigue como centro unificador de las soluciones plurales a las que da origen la llamada revolución tecnológica. La fuerza de ley del contrato, por ese carácter objetivo de los valores humanos, es capaz de resistir y orientar hacia sus fines la ley del

más fuerte, de quien por abuso de posición económica o social ventajosa pretende imponerse al más débil.

El contrato no es fruto de la ley aunque puedan llamarse contratos porque la ley da el nombre. Su poder de atracción reside en la iniciativa y en la creatividad de la persona. Aunque, como ya se dijo anteriormente, la relatividad no es principio absoluto, sí pone de relieve que a lo largo del tiempo el contrato es origen de una relación que se establece entre personas, que por ese compromiso le imprimen carácter personal, que la libertad contractual no se posee como valor en exclusiva,

dejando a merced del capricho o abuso de una parte el contenido de justicia. Que la causa del contrato es la apelación a responder. En definitiva, que a través de los contratos se produce al mismo tiempo una autorregulación y una autorrealización de la persona. Los contravalores de la autonomía de la voluntad son la veleidad, el abuso, la desproporción entre las prestaciones y la desigual posición de las partes contratantes: si en lugar de derecho hay fraude, y en lugar de la justicia, corrupción; inefable expresión que da la voz a las diversas opiniones sobre la función social del contrato.



CONCLUSIONES

La importancia actual de los contratos pone a su vez de relieve que la noción de contrato no es tan simple como para recogerse en un acuerdo de voluntades. No todo acuerdo de voluntades es un contrato. La visión moderna de contrato dedica atención a las prestaciones mutuas, en particular a la prestación preferente recibida como tal por la contraparte (criterio importante para la calificación de un contrato internacional).

De ahí el interés de la frase en comentario, 'los contratos son lo que son', que pone de relieve los diversos enfoques de los que hoy es susceptible la noción de contrato. ¿Dónde buscar las soluciones?

Si se trata de un contrato típico, la calificación dependerá del tipo contractual elegido, al que el juez debe acudir para la debida ponderación de los intereses en juego, las disposiciones legales y los correspondientes remedios y sanciones previstas para el caso

de su incumplimiento. De las primeras derivan obligaciones legales impuestas, las otras son medidas que garantizan la obligación de ejecutar el contenido.

Si las partes atribuyen un nombre que no coincide con ninguno de los tipos referidos, la calificación por el juez es independiente sin violentar la fuerza obligatoria. En esa medida, el juzgador sigue una orientación finalista, sin necesidad de sujetarse a las disposiciones legales del tipo semejante, cuando hayan podido ser excluidas por cláusulas. De ahí la valoración de las abusivas, el control judicial de las cláusulas excesivas o las que encubren una finalidad ilícita o maliciosa.

Esta orientación modifica el sentido histórico de la *actio praescriptis verbis* romana, acción correspondiente a los innominados. Esa acción no era entonces contractual, mientras que ahora es contractual la aplicable para exigir el cumplimiento a los contratos atípicos o sin denominación.

Finalmente, cuando se omite o silencia cualquier denominación, la calificación del contrato enlaza con la integración. Las reglas jurídicas que interesan al contrato se orientan, en ese caso, hacia la búsqueda del principio de libertad contractual que determina las propias reglas de conducta y de la justicia contractual.

Los parámetros de la confianza legítima y la buena fe complementan y facilitan esa búsqueda, que da mayor margen de apreciación al juez, para elegir entre las soluciones posibles la más razonable, según la expresión anglosajona.

La revisión de estas reglas jurídicas es una de las asignaturas pendientes de la ciencia jurídica y de la aplicación práctica. Una de esas reglas ya cuenta con la admisión universal: que hoy todos los contratos, cualquiera sea su tipo o denominación, son de buena fe. La buena fe es una cláusula general que preside el desenvolvimiento de la relación contractual en todo tiempo, la ejecución de las obligaciones.

La debida ponderación de un contrato ha de tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) Que se trate de un acto voluntario y libre, presupuesto de la doble vertiente de existencia y calificación en orden a los efectos de la fuerza obligatoria.
- 2) El contenido obligacional convenido, las relaciones existentes entre las partes.
- 3) La finalidad o propósito negocial, en el marco de la cláusula general de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones básicas.

Se excluyen las cláusulas abusivas a expensas de la libertad contractual, sin necesidad de que lo diga la ley, por la prevalencia de los principios generales de derecho. El principio de libertad contractual es incompatible con la mala fe y el perjuicio de terceros. Para sancionar con nulidad las cláusulas contractuales que alteren gravemente los principios de igualdad y equivalencia es preciso, y así lo confirma la jurisprudencia, ponderar en cada caso las



obligaciones que asumieron los contratantes, lo que supone que el contrato es fuente originaria de obligaciones (*obligationem paruit*).

Se explica, de este modo, que la jurisprudencia recuerde que la contratación por adhesión no es por sí misma una fuente automática de nulidades. Podrá serlo si alguna de sus cláusulas es manifiestamente contraria a un precepto imperativo o si entra en conflicto flagrante con los parámetros del artículo 6 del Código civil. Las cláusulas de dudosa interpretación nunca pueden beneficiar al causante de la oscuridad, por ser contrarias a la libertad y lealtad contractual. Pero tampoco pueden arrojar un beneficio excesivo a la contraparte

razones fuera del contrato que son por exigencia de la justicia contractual. Por esa misma razón, el dañado no puede obtener beneficio en lo que excede del daño: el daño no es fuente de lucro. En el sistema inglés, en el momento inmediato al *breach of contract* surgen los *damages*.

En definitiva, que los contratos son lo que son equivale a decir que no siempre son reconducibles a los tipos legales, pero que en todo caso se reconducen a los principios de Derecho que informan la doctrina general de los contratos y obligaciones. La ley protege mientras está vigente, la justicia protege siempre. El contrato es fuente de obligaciones y no es fuente de injusticias.



NOTAS

¹ La naturaleza del convenio regulador es la de un contrato al que se aplican las reglas y principios que rigen la autonomía contractual, y en ellos han de concurrir los requisitos que establece el Código civil para los contratos. En este sentido, existe una consolidada jurisprudencia, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo 21 de diciembre de 1998.

² Sentencia del Tribunal Supremo 13 de octubre de 1962, 25 de mayo de 1983, entre otras muchas.

³ Galgano, F. (2000). Alpa, G. (1976). Años atrás había publicado un libro con el título *The Death of Contract*. Siguiendo la imagen en el *rapport de synthèse*, dice en tono irónico P.H. Jestaz (2003), p.245, que el contrato es un muerto que se porta bien. Su fuerza obligatoria está fuerte. Véase Gilmore, G. (1974).

⁴ Expresión tomada de Franz Böhm para fundamentar el Derecho europeo de contratos como disciplina nueva que regula las transacciones en el interés del mercado único europeo, sistema basado en la iniciativa privada y en la concurrencia del mercado. El contrato es el núcleo fundamental del mercado único, instrumento de la autonomía privada.

⁵ de Castro y Bravo, F. (1967), p. 17.

⁶ Embid Irujo, J.M. (2003b), p. 943. Embid Irujo, J.M. (2003a), p. 54 y siguientes, sugiere la vía de la autonomía de la

voluntad mediante la conclusión del denominado "contrato de grupo".

⁷ Gambaro, A. (2004).

⁸ Fernández Lerga, C. (1986), p. 518.

⁹ Sobre los conflictos a los que da lugar la valoración del fondo son expresivas las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, 26 de octubre de 1991, y la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de octubre de 1986, en la que se distinguen el lado espiritual de la empresa y los elementos patrimoniales de la organización, aspectos cumplidamente desatendidos por los mercantilistas.

¹⁰ Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril 1993, concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores.

¹¹ La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación distingue en su preámbulo las cláusulas abusivas de las condiciones generales. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no carácter de condición general.



¹² Expresión recogida en la jurisprudencia italiana sobre cláusulas abusivas. Véase Furgiuele, G. (2001), p.140 y ss.

¹³ El cruce entre la oferta y la aceptación forma el consentimiento que perfecciona el contrato, que desde entonces obliga a cumplir lo pactado (artículo 1258). Pero no siempre resulta sencillo probar que se ha producido el cruce, como el supuesto controvertido que motivó la Sentencia 7 de junio de 1986, en que el vendedor de una maquinaria hizo una oferta y la revocó telefónicamente el mismo día de la aceptación: se considera que se ha producido el consentimiento, y por tanto la oferta, en ese momento irrevocable. El avance de los medios telemáticos evita o reduce problemas semejantes.

¹⁴ Directiva 1999/44 CEE sobre venta de bienes de consumo. La directiva establece un conjunto de medidas para garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el mercado interior de todos y cada uno de los Estados miembros. Se incorpora esa Directiva a nuestro derecho por Ley 23/2003 de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (BOE 11 de julio de 2003).

¹⁵ d'Ors, Á. (1979).

¹⁶ No es vinculante como contrato un acuerdo (*agreement*) hecho sin intención de crear relaciones jurídicas. La *consideration* puede valorarse en Derecho inglés como índice de la seriedad del querer, como síntoma de la voluntad de operar

sobre el plano jurídico. Véase Tedeschi, V. y Alpa, G. (1980), p. 8.

¹⁷ La reciente normativa inglesa *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 11 de noviembre de 1999 contempla el supuesto de contrato a favor de tercero que prevé caso de incumplimiento la acción de resarcimiento o la ejecución específica. Si acepta el tercero, no cabe la modificación sin su consentimiento.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 28 de noviembre de 1997. Ley de Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio, artículo 10. En este caso, una cláusula de sumisión expresa es la que implica un desequilibrio de derechos y obligaciones desproporcionado y no equitativo. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La declaración de abusiva de una cláusula implica la nulidad de la misma (artículo 10) y la ineficacia (artículo 6 de la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril de 1993).

¹⁹ La jurisprudencia reciente asimila al documento los medios de reproducción telemática como disquetes, ordenadores, vídeo, películas (Sentencia del Tribunal Supremo 2 de diciembre de 2000).

²⁰ Coinciden con las veintiún reglas de interpretación de Domat y las doce de Pothier, que se dirigen a buscar la verdadera intención cuando el texto es oscuro en su sentido literal. Un contrato es

oscuro, de ordinario, si es verbal. Si se otorga en documento, es oscuro cuando se utiliza una palabra impropia, ya sea por redacción deficiente, por deficiencias de expresión, o si las partes contradicen con su conducta el texto que una o las dos invocan. Si el texto conduce a una solución no razonable hay que pensar que no ha sido querido, lo que a veces ocurre con un acontecimiento imprevisto en el contrato. El ideal es que un pacto sea claro, determinante, preciso, nacido de la autonomía de la voluntad de las partes. Pero la doctrina del "acto claro" es engañosa, ya que es claro si antes se ha deducido que lo es a través de la interpretación. Concuere con la lógica interna de las sentencias que entre sus cualidades figuren la claridad y precisión, que evita la *contradictio in terminis* y la confusión, incompatibles con la coherencia. La contradicción intrínseca constituye incongruencia.

²¹ La distinción entre voluntad declarada y voluntad interna suele adscribirse al área germánica, la primera, y francesa, la segunda, pero bien puede decirse que ninguna de ellas se opone a la otra. El parágrafo 133 del Código civil alemán (BGB) confirma que por interpretación de una declaración de voluntad es preciso buscar la voluntad real y no quedarse en el sentido literal de la expresión, de lo que se deduce que son sistemas mixtos.

²² La jurisprudencia califica de contrato el reconocimiento de deuda admitido por el principio de autonomía privada o libertad contractual. Que el deudor suscriba un documento en el que reconoce

que debe al acreedor produce doble efecto. En primer lugar, se vincula al hacerlo por un cauce contractual, que no es origen de la deuda anterior que reconoce. De otra parte, surte un efecto probatorio, que existe contra el que reconoce deber, que viene a ser una renuncia a pedir la exigencia de prueba al acreedor. Cuestión distinta es que tal reconocimiento no tenga causa o que no haya contrato porque el acreedor haya abusado de la ignorancia, o porque la cantidad debida sea notablemente inferior a la consignada en el documento. Si se arranca el consentimiento, por ejemplo, con abuso de una firma en blanco, no hay contrato. Por tanto es ineficaz el reconocimiento en el documento que admite la existencia y libera al acreedor de la carga de la prueba (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 8 de marzo de 1996).

²³ Por el mero defecto de forma no pierde eficacia un acto nulo (Ss. 15 de marzo 1951, 23 marzo 1987, 1 de febrero 1985). Iría contra la buena fe quien empezase a cumplir un contrato en cuya nulidad había colaborado o conocía al otorgarlo, e invocase luego en su ventaja la nulidad (regla *nemo audiatur*).

²⁴ Se consideran como ventajas de la forma: que permite garantizar la calidad de la información sobre el producto o servicio, que explica la transcendencia del contrato a realizar y que provee de una fuente cierta de información y de un documento acreditativo con eficacia probatoria. Cavanillas, S. (2002), p. 96.



25 Una expresión generalizada, que no deja de ser surrealista, es la que imagina el negocio jurídico como entidad viviente, la concepción orgánica de la que forma parte la imagen abstracta de la voluntad negocial. Asimismo, hablar de patología del negocio como enfermedad que puede llegar a ser mortal en el caso de la nulidad que provoca la ineficacia plena, o la prescripción como situación que suspende, paraliza y mata.

26 La expresión legal "fuerza de ley" es rica en consecuencias prácticas, si bien la asimilación del contrato a la ley no es de aplicación rigurosa. Basta con señalar algunas precisiones: 1) que no todas las obligaciones son legales. Las que nacen de los contratos, a pesar de no ser legales, tienen fuerza obligatoria. 2) Que el contrato absorbe la fuerza de los hechos que quedan sujetos a la ley del contrato. La generalización de relaciones contractuales de hecho explica esta idea. En el contrato de hecho no hay ningún acuerdo programado, se va directamente a la ejecución. 3) Que la ley del contrato acota la materia como objeto. 4) Que ningún poder contractual es absoluto o arbitrario, lo que supondría relegar la fuerza de ley del contrato a la ley de la fuerza. El artículo 1256 trata de evitar que quede al arbitrio de uno de los contratantes la validez y eficacia. 5) Que el acuerdo es causa directa y norma principal a que se sujetan las obligaciones contraídas. Son nociones distintas la fuerza obligatoria del contrato y el contenido obligacional. 6) Que el contrato tiene por materia relaciones jurídicas, la

relación contractual, un conjunto organizado de principios derechos y deberes. 7) Que los elementos de justicia contenidos en las normas dispositivas creadas por el legislador son susceptibles de derogación por pacto, pero son importantes y determinantes de criterios apreciables por la razonabilidad, mientras que en las condiciones generales deben ser estrictos con las que sobrepasan el principio de buena fe, como las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Más allá de la ley, en otro plano superior, está la equidad.

27 de Cupis, A. (1982).

28 La equidad es elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensibles a las particularidades de los casos (Sentencia del Tribunal Supremo 8 de octubre de 1992).

29 La cláusula *rebus sic stantibus* (ablativo absoluto) modera las anomalías creadas por la distancia del tiempo que imposibilitan o dificultan el cumplimiento de la obligación por un cambio de situación que la hace excesivamente onerosa, más de lo que fuera previsible en el momento de conclusión. Es una cláusula tácita, sobreentendida, que requiere que se reúnan estas circunstancias: a) criterio objetivo, eventos externos; b) extraordinarios; c) imprevisibles en el momento de formación; d) que desplazan las perspectivas rompiendo la igual posición de las partes; e) sobreentendidas, alteran el equilibrio de prestaciones, desproporción inusitada; f) que no haya sido ejecutado el contrato, por no generalizar la retroactividad y la salvaguarda del dere-

cho de terceros. Su aplicación originaria se relaciona con la desvalorización de la moneda ante la injusticia contractual surgida de un fenómeno económico ajeno a las partes, la tensión entre el orden público y la libertad contractual. La justificación es, por tanto, triple: económica (anormalidad del riesgo); jurídica (ruptura del equilibrio contractual) y de equidad y buena fe (situación no equitativa por las ventajas para uno y el sacrificio para el otro).

30 En un contrato de concesión de comercialización y venta con cláusula de exclusiva el concedente se obliga también a no hacer nuevos nombramientos en la zona geográfica señalada. El incumplimiento por su parte es origen de daños al disminuir las ventas, llamado lucro cesante, exigible por el concesionario (Sentencia del Tribunal Supremo 11 de marzo de 1966). El lucro cesante no es el cuento de la lechera sino la ganancia previsible frustrada.

31 El principio de libre concurrencia ha inspirado la legislación europea. La famosa Ley de 14 de junio de 1871: toda persona es libre de hacer tal negocio o ejercitar tal profesión arte u oficio que le convenga, lo que llevó consigo abolir las corporaciones de maestros. La función represiva de la ley crece después con las normas antimonopolio y la inhibitoria como acción profiláctica con carácter preventivo: cerrar la cuadra antes de que sea robado el caballo.

32 La diferencia entre cargas y limitaciones es una muestra. El artículo 149.I de la Constitución Española atribuye al

Estado la competencia exclusiva de definir el concepto de propiedad urbana y, por tanto, la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación de los particulares, lo que altera la reglas relativas al ejercicio del derecho de propiedad privada al disociar la propiedad del suelo del derecho a edificar (*ius edificandi*).

33 La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habrían comenzado. No constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que el designio de poner fin a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones. Los intereses no han de tener necesariamente contenido económico, pueden ser sacrificios de orden moral (Sentencia del Tribunal Supremo 6 de noviembre de 1993). La base de la transacción es la renuncia y su origen histórico enlaza con el juramento, que desaparece en la codificación (artículo 1260, no se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera, se tendrá por no puesto, es decir la nulidad parcial de la cláusula).

34 El empleo de la libertad contractual en el *prenuptial agreements* de procedencia norteamericana suscita en los sistemas europeos reacciones diversas, por contraste entre las diferentes legislaciones. Aunque su finalidad no es impulsar el



divorcio sino acordar en vía preventiva las consecuencias, no deja de ser expresivo de unos hechos sociales que acreditan una realidad poco consecuente con la familia estable.

³⁵ de Cupis, Adriano (1986), p. 138.

³⁶ a) Que exista una norma comunitaria que conceda derechos a los particulares; b) que esté suficientemente caracterizada; c) que haya relación de causalidad, no es precisa la culpabilidad del órgano estatal. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de marzo de 1996, sobre impedir la exportación de cerveza contraria a la ley de pureza alemana.

³⁷ Una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de mayo de 2003, así lo confirma, al resolver que la materia es civil y aplicable el Convenio de Bruselas sobre competencia y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil.

³⁸ Reglamento nº 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 mayo 2002 que regula, en el artículo 3, la competencia internacional para abrir el procedimiento de insolvencia. Concede la competencia a los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses del deudor. La legislación aplicable será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento. Se trata de evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable (*forum shopping*). Las actividades empresariales tienen cada vez

mayor repercusión transfronteriza y es preciso coordinar las medidas a adoptar respecto al deudor insolvente que afecta al buen funcionamiento del mercado.

³⁹ La Ley 23 de mayo 2003 sobre contrato de concesión de obras públicas alude al objeto, la obra pública, como inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración. La construcción y explotación corren a riesgo y ventura del concesionario, dentro de las condiciones establecidas en el pliego. La alteración o modificación sobrevenida se regula por el marco definido y pactado entre la Administración y contratante en el pliego de cláusulas administrativas. Se coordina el interés público del objeto, del que es clave la Administración concedente, y el particular del concesionario para hacer atractiva la colaboración del capital privado con el interés público. El concesionario queda contractualmente comprometido con el plan económico financiero.

⁴⁰ Sobre la sociedad Nueva Empresa para el impulso de empresas cuyo objeto social es tan variado como los servicios en las actividades económicas y con el empleo de nuevas tecnologías se dicta la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa.

⁴¹ También enlaza con formas de usura por inexperiencia, abuso de necesidad o excesivo gravamen, que recientemente se ha regulado en Italia por Ley 30 de julio de 1988, en España con la Ley de Azcárate en 1908, en Alemania en el BGB (Código civil alemán).

BIBLIOGRAFÍA

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen (2002), "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho Civil*, vol LV, fascículo III.

Alpa, Guido (1976), "La morte del contratto", "Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del common law", *Politica del diritto*, p.727.

Battifol Henri (1968), "La crise du contrat et sa portée sur les notions de contrat", *Archives de philosophie du droit*, tomo XIII, pp.13-30.

Beale Hugh G., Bishop W.D. y Furmston, Michael (2001), *Contracts. Cases & Materials*, Londres.

Clemente Meoro, Mario E. y Cavanillas Múgica, Santiago (2003), *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Granada.

d'Ors, Álvaro (1979), "Ante la crisis del contrato", *La Ley*, Buenos Aires, vol. XLIV, nº187, pp. 1-3; "Conventiones" y "contractus", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976, p.125.

de Castro y Bravo, Federico (1967), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

de Castro y Bravo, Federico (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXXV, nº IV, pp. 987-1085.

de Cupis, Adriano (1982), "Il favor del Diritto civile per gli incapaci", *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXVIII, nº 2, pp.763-766.

de Cupis, Adriano (1986), "Sull'equiparazione delle parte staccate el corpo umano ai frutti naturali", *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol. XL, nº 1, pp. 137-138.

Díez-Picazo, Luis (1993), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol I *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid.

Doral García, José Antonio (1994), *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Trivium, Madrid.

Embid Irujo, J. Miguel (2003a), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Dijusa, Granada.

Embid Irujo, J. Miguel (2003b), "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 249, pp. 933-979.

Fernández-Lerga, Carlos (1986), "El abuso de posición dominante", *Gaceta jurídica de la CEE*, nº 18, pp. 3; 519.

Ferri, Giovanni B. (1987), *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Maggioni, Rimini.

Furguiele, Giovanni (2001), "Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas", *Revista de Derecho Privado*, febrero, pp. 141-149.



Galgano, Francesco (2000), "La categoría del contratto alle soglie del millenio", *Contratto e impresa*, nº 2, pp. 919-929.

Gambaro, Antonio (2004), "Contratto e regole dispositive", *Rivista di Diritto Civile*, vol. L, nº 1, pp. 1-28.

Gilmore, Grant (1974), *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus.

Jamin, Christophe y Mazeaud, Denis (dirección) (2003), *La nouvelle crise du contrat*, París.

Martínez de Aguirre, Carlos (1994), "Transcendencia del principio de protec-

ción a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLII, nº 1, enero-marzo, pp. 31-90.

Pries y Picardo, Adolfo (2003), "La seguridad jurídica en el marco de la nueva economía", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 41, pp. 397-451.

René, David y Pugsley, David (1985), *Les contrats en Droit Anglais*, 2ª ed., LGDJ, París.

Tedeschi, Vittorio y Alpa, Guido (1980), *Il contratto nel diritto nord-americano. Appunti e materiali*, Giuffrè, Milán.

CUADERNOS EMPRESA Y HUMANISMO

En español

- Nº1 *Aspecto financiero y aspecto humano de la Empresa*
Vittorio Mathieu
- Nº2 *La interpretación socialista del trabajo y el futuro de la Empresa*
Leonardo Polo
- Nº3 *La responsabilidad social del empresario*
Enrique de Sendagorta
- Nº4 *El sentido de los conflictos éticos originados por el entorno en el que opera la Empresa*
Juan Antonio Pérez López
- Nº5 *Empresa y Cultura*
Fernando Fernández
- Nº6 *Humanismo y Empresa*
Cruz Martínez Esteruelas
- Nº7 *Moralidad y eficiencia: líneas fundamentales de la ética económica*
Peter Koslowski
- Nº8 *La estrategia social de la empresa*
Manuel Herrán Romero-Girón
- Nº9 *El trabajo directivo y el trabajo operativo en la empresa*
Carlos Llano
- Nº10 *El altruismo en la empresa*
George Gilder
- Nº11 *Ricos y pobres. Igualdad y desigualdad*
Leonardo Polo
- Nº12 *El utilitarismo en la ética empresarial*
Joan Fontrodona
- Nº13 *La empresa en la historia*
Agustín González Enciso

- Nº14 *La empresa entre la Economía y el Derecho*
José Antonio Doral
- Nº15 *La empresa ante la nueva complejidad*
Alejandro Llano
- Nº16 *Empresa y libertad*
Jesús Arellano
- Nº17 *¿Qué es el humanismo empresarial?*
Rafael Alvira
- Nº18 *El rendimiento social de la Empresa*
Jose M. Basagoiti
- Nº19 *Elementos configuradores de la actual valoración del trabajo*
Tomás Melendo
- Nº20 *Dirección y sistemas de mando*
Manuel López Merino
- Nº21 *La índole personal del trabajo humano*
Tomás Melendo
- Nº22 *La revolución social del management*
Tomás Calleja
- Nº23 *Indicadores de la madurez de la personalidad*
Enrique Rojas
- Nº24 *Empresa y sistemas de cooperación social*
Ignacio Miralbell
- Nº25 *Humanismo para la dirección*
Miguel Bastons
- Nº26 *Actualidad del humanismo empresarial*
Alejandro Llano
- Nº27 *Notas sobre la cultura empresarial*
Rafael Gómez Pérez

LOS CONTRATOS SON LO QUE SON



LOS CONTRATOS SON LO QUE SON