**DERECHO CIVIL**

**TEMA 46**

**EL CONTRATO: FUNDAMENTO Y FUNCIÓN. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN. CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES. OBJETO DEL CONTRATO. LA FORMA. REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

**EL CONTRATO: FUNDAMENTO Y FUNCIÓN.**

El contrato es el negocio jurídico bilateral o multilateral que provoca el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas obligatorias.

A este concepto responde el Código Civil de 24 de julio de 1889, cuyo artículo 1089 cita al contrato entre las fuentes de las obligaciones, y para el que el contrato es una categoría abstracta y genérica que obedece a tres principios básicos:

1. El predominio de la autonomía de la voluntad, ya que el acuerdo de voluntades es la base del contrato, y los contratantes son libres de celebrarlo o no y, en caso de hacerlo, establecer el contenido que tengan por conveniente, como proclama el artículo 1255 del Código Civil dispone que “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”.

No obstante, en la realidad jurídica no siempre quienes celebran un contrato se encuentren en una situación de igualdad, siendo muy frecuente que un contratante se encuentre en una situación de inferioridad fáctica respecto del otro que provoca que se limite a acatar lo que se le impone.

Por ello, actualmente existen limitaciones crecientes a la libertad contractual, las cuales atienden a razones de interés supraindividual, lo que es notorio en materia de defensa de consumidores y usuarios y, especialmente, respecto a los contratos de adhesión y a las condiciones generales de la contratación.

Incluso existen los llamados contratos *forzosos*, cuyo contenido está legalmente predeterminado o incluso cuya celebración viene legal o reglamentariamente impuesta a los particulares.

1. El consensualismo, o predominio del consentimiento de las partes en la perfección de los contratos, disponiendo el artículo 1254 del Código Civil que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, y añadiendo el artículo 1256 que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.
2. La obligatoriedad, disponiendo el artículo 1091 del Código Civil dispone que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

**Fundamento.**

El fundamento de la fuerza obligatoria del contrato se ha explicado desde los siguientes puntos de vista:

1. Políticamente, en las teorías del pacto social de los filósofos racionalistas.
2. Económicamente, en la utilidad para la sociedad y para los propios contratantes.
3. Éticamente, en el deber moral de veracidad en la conducta de las personas.
4. Jurídicamente, en que al exigir la justicia que se dé a cada uno lo suyo, es lógico que cada uno tenga derecho a exigir de los demás lo que con ellos ha convenido previamente y que él está dispuesto a cumplir.

En nuestro ordenamiento jurídico, los tratadistas ponen de relieve que la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades deriva, en último extremo, del *libre desarrollo de la personalidad*, que mediante el libre acuerdo puede generar derechos y obligaciones, y del *respeto a los derechos de los demás*, incluidos los adquiridos en virtud de contratos, conceptos ambos recogidos por el artículo 10.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

**Función.**

El papel del contrato en el mundo jurídico actual es primordial, desempeñando la función esencial de crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales, tanto obligatorias como jurídico-reales, si bien en este último caso nuestro ordenamiento jurídico requiere que el contrato sea seguido de la tradición o la inscripción registral.

**SISTEMAS DE CONTRATACIÓN.**

Los sistemas contractuales adoptados por los diversos ordenamientos positivos pueden clasificarse desde dos puntos fundamentales, a saber:

1. Por sus efectos, en el Derecho Romano el contrato sólo generaba obligaciones, pero no transmitía la propiedad.

No obstante, la progresiva espiritualización provocada por el Derecho Canónico desembocó en el sistema vigente en el Código francés, en el que la propiedad se transmite *solo consensu*.

Nuestro Código Civil sigue fiel al sistema romano del título y el modo, como se estudia en el tema 25 de esta parte del programa, por lo que baste decir aquí que el artículo 609 del Código Civil establece que “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por (…)consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.

Por ello, en el derecho español el contrato solo es fuente de obligaciones, pero no modo de adquirir el dominio.

1. Por los requisitos exigidos para su perfección, es posible distinguir tres sistemas de contratación:
2. El sistema formalista, propio de los ordenamientos antiguos, como el Derecho Romano clásico o los ordenamientos germánicos arcaicos, en el que para que el contrato exista es preciso que se celebre con sujeción a ciertas solemnidades.
3. El sistema espiritualista, en el que basta el mero consentimiento para que nazca el contrato.
4. El sistema mixto, que es el que recogen los códigos modernos, en virtud del cual la regla general es la del perfeccionamiento por el mero consentimiento, si bien para ciertos contratos se exigen requisitos adicionales, como la entrega de una cosa o una forma legalmente prevista *ad solemnitatem*, y no meramente *ad probationem*.

En nuestro Código Civil predomina la libertad de forma y el consensualismo, estableciendo su artículo 1258 que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, y añadiendo su artículo 1278 que “los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Ahora bien, existen ciertos contratos que se perfeccionan por la entrega, como ocurre con el depósito, mientras que en otros se exige una forma *ad solemnitatem*, como examinaré con posterioridad.

En cualquier caso, el artículo 1261 del Código Civil dispone que “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º. Consentimiento de los contratantes.

2º. Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º. Causa de la obligación que se establezca”.

**CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES.**

Aunque todos estos elementos del artículo 1261 son esenciales, el más importante es el consentimiento, lo que lleva al análisis de la capacidad para prestarlo o capacidad para contratar, ya que los vicios que puedan afectarlo se estudian en el tema 19 de esta parte del programa.

En principio, puede prestar consentimiento contractual el mayor de edad que no esté sujeto a curatela representativa.

Respecto del menor emancipado, dispone el artículo 247 del Código Civil que “podrá regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial”.

Respecto de los menores de edad no emancipados, el artículo 1263 del Código Civil dispone que “podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

No obstante, conforme al artículo 1264 las anteriores previsiones “se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer”, como ocurre con las especialidades que para el concursado establece el texto refundido de la Ley Concursal de 5 de mayo de 2020, que restringe las facultades de gestión y disposición de su patrimonio por el concursado, como se estudia en el tema 13 de esta parte del programa.

Sin embargo, el contrato celebrado por un menor no es nulo de pleno Derecho, sino simplemente anulable, caducando la acción de anulabilidad a los cuatro años, conforme al artículo 1301 del Código Civil, tiempo que empieza a correr desde que el menor salga de la patria potestad o tutela.

Además, la acción de nulidad puede ser ejercitada tanto por los representantes legales del menor como por él mismo cuando alcance la mayoría de edad, sin que la otra parte contratante pueda alegar la minoría de edad como causa de anulación, conforme al artículo 1302 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1304 del Código Civil dispone que “cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida”, como excepción al regla general, contenida en el artículo 1303 del Código Civil, de que tras la anulación las partes deben restituirse todas las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

No obstante, existen supuestos en los que el contrato celebrado por un menor no es simplemente anulable por falta de capacidad, sino radicalmente nulo por falta absoluta de consentimiento, y así lo ha apreciado la jurisprudencia en la donación realizada por un párvulo.

Distintas de la falta de capacidad contractual son las prohibiciones para contratar, como las de adquirir por compra que prevé el artículo 1459 del Código Civil, que tienen su fundamento en razones de moralidad. Además, su efecto también es distinto, pues el acto contrario a la prohibición es nulo de pleno Derecho, conforme al artículo 6.3 del Código Civil.

**OBJETO DEL CONTRATO.**

El segundo de los requisitos esenciales que a todo contrato exige el artículo 1261 del Código Civil es el objeto, que desde un punto de vista muy amplio es la materia social afectada o la realidad social acotada como base del contrato.

Desde un punto de vista técnico, en nuestro ordenamiento jurídico los contratos positivo generan obligaciones con prestaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales constituyen el objeto inmediato del contrato. Pero tales prestaciones recaen sobre cosas materiales, bienes inmateriales o derechos o sobre actos humanos, sean servicios, sean abstenciones, y tales elementos constituyen el objeto mediato del contrato.

Los requisitos que el Código Civil exige al objeto del contrato son los siguientes:

1. Su licitud, pues según su artículo 1271 “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

1. Su posibilidad, pues según su artículo 1272 “no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.
2. Su determinación, pues según su artículo 1273 “el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

**LA FORMA.**

Puede hablarse de forma del contrato en dos sentidos diferentes:

1. En un sentido amplio, la forma designa el medio de las declaraciones de voluntad de las partes.
2. En un sentido técnico, forma es como todo aquello que el ordenamiento exige además de la declaración de voluntad para que ésta genere efectos jurídicos.

En este último sentido técnico, como he examinado antes rige en España la libertad de forma y el consensualismo.

No obstante, como excepción a estos principios, el Código Civil exige una determinada forma para ciertos contratos, pudiendo distinguirse una regulación general y unos casos especiales.

La regulación general la recoge el artículo 1280, que dispone que “deberán constar en documento público:

1º. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2º. Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3º. Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

4º. La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5º. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

6º. La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de nueve euros”.

Sin embargo, la forma documental exigida por este precepto no es *ad solemnitatem*, es decir, no condiciona la validez y eficacia del contrato, sino meramente *ad probationem*, ya que el artículo 1279 del Código Civil establece que “si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

Además, el artículo 1280 del Código Civil está superado en algunos aspectos ya que, por ejemplo, el poder de representación procesal puede otorgarse *apud acta* mediante comparecencia, incluida la electrónica, conforme al artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en tanto que la exigencia de que consten por escrito los contratos cuya cuantía exceda de nueve euros es un ejemplo patente de derogación por desuso.

Junto a esta regulación general, el Código Civil exige de modo específico y expreso el requisito de la escritura pública en los casos siguientes:

1. La donación de inmuebles, conforme al artículo 633.
2. El censo enfitéutico, conforme al artículo 1628.
3. La hipoteca, conforme al artículo al artículo 1875.
4. Las capitulaciones matrimoniales, conforme al artículo 1327.
5. La sociedad a la que se aportan bienes inmuebles, conforme al artículo 1667.

También otras normas exigen la escritura pública para determinados contratos, como son:

1. La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, conforme a su ley reguladora de 16 de diciembre de 1954, que la exige para ambos derechos reales, sin perjuicio de admitir también la constitución de prenda sin desplazamiento en póliza intervenida notarialmente.
2. El derecho de superficie, conforme al texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015.
3. La constitución de una sociedad de capital, conforme al texto refundido de su ley reguladora de 2 de julio de 2010.

En todos estos casos, la generalidad de la doctrina considera que la escritura pública es un requisito *ad solemnitatem*, por lo que faltando el contrato carece de validez.

**REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

El contrato electrónico es aquel en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones.

La contratación electrónica se regula en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002, que establece que los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en tal Ley, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Los sujetos contractuales que contempla la Ley de Comercio Electrónico son dos:

1. El prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica, que es siempre un empresario.
2. El destinatario de estos servicios, que puede ser tanto un empresario o profesional como un consumidor.

Estos contratos producen todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico una vez concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, sin que sea necesario para su válida celebración el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Siempre que las leyes exijan que un contrato conste total o parcialmente por escrito, este requisito se entiende satisfecho si el contrato o la información se contienen en soporte electrónico.

En todo caso, el soporte electrónico en el que conste el contrato electrónico es admisible en juicio como prueba documental, sin perjuicio de que la acreditación de la identidad de los contratantes deba reunir los requisitos exigidos por la Ley de Firma Electrónica de 19 de diciembre de 2003.

Se puede celebrar electrónicamente cualquier tipo de contrato, menos los relativos al derecho de familia y sucesiones, y en los contratos que deban ir seguidos del cumplimiento requisitos como su elevación a escritura pública o su inscripción registral, tales requisitos seguirán siendo exigibles aunque el contrato se haya celebrado en forma electrónica.

Antes de celebrar el contrato, el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario una serie de informaciones, como los trámites a seguir o los medios técnicos para la identificación de los contratantes.

El lugar de celebración del contrato es el de la residencia habitual del destinatario de los servicios, cuando sea consumidor, o el de establecimiento del prestador de los servicios, cuando el destinatario sea empresario o profesional.

Además, las partes pueden pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos en un soporte informático, y que consigne la fecha y hora de dichas comunicaciones.

José Marí Olano

27 de noviembre de 2021