

Es una obra colectiva, realizada por iniciativa y bajo la coordinación de  
**Francis Lefebvre.**  
Colaboración en esta edición:

José Carlos ERDOZÁIN LÓPEZ  
(Abogado y Doctor en Derecho)  
Capítulos 3 y 10. Revisión Capítulo 15

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

Juan GAITÁN REBOLLO  
(Gaitán Abogados)  
Capítulo 11

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

Jorge MEDINA SÁNCHEZ SECO  
(Técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores)  
Revisión Capítulo 13

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

Alberto PÉREZ MAROTO  
(Técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores)  
Revisión Capítulo 13

José María SÁNCHEZ GARCÍA  
(Catedrático de la Universidad de Sevilla)  
Revisión Capítulo 6

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

© FRANCIS LEFEBVRE  
LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.  
c/ Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid  
clientes@lefebvre.es  
www.efl.es  
Precio: 115,44 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-18899-61-4  
ISSN: 1579-2846  
Depósito legal: M-15979-2022

Impreso en España  
por Printing '94  
Paseo de la Castellana, 93 – 2º 28046 Madrid

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

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

**Contratos  
Mercantiles**

**2022-2023**

Fecha de edición: 15 de mayo de 2022



# Plan general

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

<b>CAPÍTULO 7. FINANCIACIÓN, GESTIÓN FINANCIERA Y CUSTODIA</b> .....	4400
Sección 1. Contrato de préstamo mercantil .....	4405
Sección 2. Arrendamiento financiero («Leasing») .....	4520
Sección 3. Arrendamiento empresarial («Renting») .....	4650
Sección 4. Facturación y/o gestión de cobro («Factoring») .....	4685
Sección 5. Contrato de confirmación («Confirming») .....	4750
Sección 6. Financiación de exportaciones sin recurso («Forfaiting») .....	4770
Sección 7. Cuenta corriente mercantil .....	4805
Sección 8. Depósito .....	4860
<b>CAPÍTULO 8. ARRENDAMIENTOS MERCANTILES</b> .....	4950
Sección 1. Ejecución de obras y prestación de servicios .....	4955
Sección 2. Ingeniería (engineering) .....	5055
Sección 3. Colaboración externa empresarial (outsourcing) .....	5075
Sección 4. Contrato de comercialización (merchandising) .....	5090
Sección 5. Arrendamiento de empresa o industria .....	5120
Sección 6. Arrendamiento de local de negocio .....	5145
<b>CAPÍTULO 9. REPRESENTACIÓN MERCANTIL Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL</b> .....	5250
Sección 1. Consideraciones generales .....	5255
Sección 2. Comisión .....	5320
Sección 3. Agencia .....	5455
Sección 4. Mediación o corretaje .....	5565
Sección 5. Concesión mercantil o distribución comercial .....	5625
Sección 6. Delegación .....	5695
Sección 7. Franquicia .....	5700
<b>CAPÍTULO 10. PUBLICIDAD</b> .....	5850
Sección 1. Consideraciones generales .....	5855
Sección 2. Contrato de publicidad .....	5935
Sección 3. Contrato de creación publicitaria .....	5995
Sección 4. Contrato de difusión publicitaria .....	6050
Sección 5. Contrato de patrocinio .....	6095
<b>CAPÍTULO 11. TRANSPORTE</b> .....	6150
Sección 1. Contrato de transporte por carretera .....	6155
Sección 2. Contrato de transporte por ferrocarril .....	6690
Sección 3. Contrato de transporte aéreo .....	6905
Sección 4. Contrato de transporte marítimo .....	7080
Sección 5. Contrato de transporte sucesivo, combinado y multimodal .....	7345
Sección 6. Contrato de servicios logísticos .....	7440
Sección 7. Juntas arbitrales del transporte .....	7455
<b>CAPÍTULO 12. CONTRATOS BANCARIOS</b> .....	7550
Sección 1. Cuestiones generales .....	7555
Sección 2. Cuenta corriente bancaria .....	7830
Sección 3. Transferencia bancaria .....	7880
Sección 4. Alquiler de cajas de seguridad .....	7920
Sección 5. Depósito bancario .....	7955
Sección 6. Tarjeta bancaria .....	8085
Sección 7. Préstamo bancario .....	8150
Sección 8. Apertura de crédito en cuenta corriente .....	8405
Sección 9. Descuento bancario y redescuento .....	8485
Sección 10. Crédito documentario .....	8575
Sección 11. Créditos sindicados .....	8600
Sección 12. Garantías bancarias .....	8615
<b>CAPÍTULO 13. CONTRATOS BURSÁTILES</b> .....	8800
Sección 1. Introducción al derecho del mercado de valores .....	8805
Sección 2. Contrato de comisión bursátil u orden de bolsa .....	8980
Sección 3. Contrato de compraventa de mercado de valores .....	9065
Sección 4. Operaciones con crédito al mercado .....	9190
Sección 5. Operaciones extrabursátiles .....	9260

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

# Abreviaturas

<b>AEAT</b>	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>art.</b>	artículo/s
<b>ASP</b>	Application Service Provider
<b>BE</b>	Banco de España
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>BOPI</b>	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>Circ</b>	Circular
<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>CNUCI</b>	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	LO 10/1995 Código Penal
<b>CPE</b>	Convenio Munich 5-10-1973, sobre concesión de patentes europeas
<b>CUP</b>	Convenio Internacional 20-3-1883, de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial
<b>DGE</b>	Dirección General de Empleo
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGSJFP</b>	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos
<b>DGTr</b>	Dirección General de Trabajo
<b>Dir</b>	Directiva
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>EFC</b>	Establecimiento financiero de crédito
<b>ET</b>	RDLeg 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
<b>FMI</b>	Fondo Monetario Internacional
<b>FROB</b>	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
<b>IAE</b>	Impuesto sobre Actividades Económicas
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>IPC</b>	Índice de Precios al Consumo
<b>IPF</b>	Imposición a plazo fijo
<b>JPI</b>	Juzgado de Primera Instancia
<b>JAT</b>	Junta arbitral del transporte
<b>L</b>	Ley
<b>LAR</b>	L 49/2003 de Arrendamientos Rústicos
<b>LArb</b>	L 60/2003 de Arbitraje
<b>LAU</b>	L 29/1994 de Arrendamientos Urbanos
<b>LCA</b>	L 12/1992 del Contrato de Agencia
<b>LCC</b>	L 19/1985 Cambiaria y del Cheque
<b>LCCo</b>	L 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo
<b>LCon</b>	RDLeg 1/2020 Texto Refundido de la Ley Concursal
<b>LCon/03</b>	L 22/2003 Concursal
<b>LCD</b>	L 3/1991 de Competencia Desleal

<b>LCGC</b>	L 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación
<b>LDC</b>	L 15/2007 de Defensa de la Competencia
<b>LEC</b>	L 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
<b>LECr</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882)
<b>LGDCU</b>	RDLeg 1/2007 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>LGPu</b>	L 34/1988 General de Publicidad
<b>LGT</b>	L 58/2003 General Tributaria
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria
<b>LHMPSD</b>	L 16-12-1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
<b>LIIC</b>	L 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva
<b>LIP</b>	L 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio
<b>LIRPF</b>	L 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b>LIS</b>	L 27/2014 del Ley del Impuesto sobre Sociedades
<b>LITP</b>	RDLeg 1/1993 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b>LIVA</b>	L 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido
<b>LM</b>	L 17/2001 de Marcas
<b>LMV</b>	RDLeg 4/2015 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores
<b>LNA</b>	L 48/1960 sobre Navegación Aérea
<b>LNM</b>	L 14/2014 de Navegación Marítima
<b>LOCM</b>	L 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista
<b>LOPD</b>	LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
<b>LOPJ</b>	LO 6/1985 del Poder Judicial
<b>LOTT</b>	L 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres
<b>LP</b>	L 24/2015 de Patentes
<b>LPH</b>	L 49/1960 de Propiedad Horizontal
<b>LPAC</b>	L 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
<b>LPI</b>	RDLeg 1/1996 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
<b>LRJSP</b>	L 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público
<b>LSC</b>	RDLeg 1/2010 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
<b>LSSI</b>	L 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
<b>LVPBM</b>	L 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles
<b>NRV</b>	Normas de Registro y Valoración
<b>núm</b>	número
<b>OEPM</b>	Oficina Española de Patentes y Marcas
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>OPA</b>	Oferta Pública de Adquisición de Acciones
<b>OPV</b>	Oferta Pública de Venta de Valores
<b>OPS</b>	Oferta Pública de Suscripción de Valores
<b>PGC</b>	RD 1514/2007 Plan General de Contabilidad
<b>PGC PYMES</b>	RD 1515/2007 Plan General de Contabilidad Pequeñas y Medianas Empresas
<b>RDL</b>	Real Decreto-Ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>Rec</b>	Recurso
<b>RECATT</b>	Rgto CE/772/2004 Aplicación del art.81 aptdo.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RITP</b>	RD 828/1995 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b>RMa</b>	RD 687/2002 Reglamento de Marcas
<b>ROTT</b>	RD 1211/1990 Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres

---

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



## CAPÍTULO 1

# Consideraciones generales sobre la contratación mercantil

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

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

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

## SECCIÓN 1

## Régimen general

A.	Consideraciones previas .....	60	<b>55</b>
B.	Requisitos .....	80	
C.	Forma .....	155	
D.	Prueba .....	180	
E.	Interpretación .....	190	
F.	Formación .....	200	
G.	Eficacia .....	230	
H.	Extinción .....	265	

### A. Consideraciones previas

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

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

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

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

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

**Normativa aplicable** [CCom art.50 a 63; CC art.1254] Por expresa remisión legal (CCom art.50), y salvo en lo específicamente establecido en el Código de Comercio o en leyes especiales, los contratos mercantiles se rigen por las reglas generales contenidas en la **normativa civil**, en todo lo relativo a sus:

- requisitos (nº 80);
- modificaciones;
- excepciones;

- interpretación (nº 190);
- extinción (nº 265); y
- capacidad de las partes (nº 95).

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

De otra parte, la **estandarización de la materia contractual** y la generalización de los contratos en masa, propios de la contratación moderna, han propiciado la aparición de los contratos de adhesión o contratos tipo (nº 225) y de las relaciones contractuales de hecho. Frente a ambas situaciones, los diferentes ordenamientos jurídicos, han reaccionado estableciendo una normativa tendente a la protección del interesado más débil, mediante la regulación de las condiciones generales de contratación (nº 375) y de las cláusulas contractuales abusivas (nº 455).

Por último, el **intervencionismo del Estado** en el ámbito contractual privado, ha favorecido la asunción por aquél de la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo a determinados contratos, mediante la promulgación de leyes especiales. Dicha reglamentación puede alcanzar a las prestaciones contractuales, e incluso al resto del contenido normativo del contrato [p.e., el contrato de agencia, nº 5455].

## 66 **Autonomía de la voluntad** [CC art.1255] La idea de contrato tiene su fundamento en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad.

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

- La **libertad de contratación**, lo que significa la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, esto es, la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante.
- La **libertad del tipo contractual**, de manera que los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden constituir libremente otros distintos.
- La posibilidad de **modificar** libremente en los contratos regulados por la ley, el contenido legal de dichos contratos, sustituyéndolos por otros.
- La posibilidad de resolver los conflictos que afecten a derechos subjetivos de carácter disponible, con el objeto de garantizar la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos a través de nuevos sistemas alternativos, entre los que destaca la **mediación**, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la vía de los tribunales de justicia ya que, hasta la L 5/2012, se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles. Ver nº 10620 s.

## 68 **Límites** [CC art.1272, 1654 y 1691] La libertad contractual no puede ser absoluta. Con carácter general, dicha libertad queda sujeta a los siguientes límites:

- Las normas a la que el legislador dota de **carácter imperativo**, normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su inobservancia la sanción de nulidad. La limitación puede manifestarse mediante la prohibición de un determinado tipo contractual o de ciertos pactos o cláusulas.
- La **moralidad**, entendida como un conjunto de las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico y con carácter general en la comunidad jurídica.
- El **orden público**, esto es, los principios rectores y fundamentales de la comunidad, y que se suelen identificar con ciertos principios constitucionales [p.e., pactos que contravengan el principio de igualdad o que impliquen la renuncia de derechos fundamentales].
- La propia **imposibilidad** de la prestación.
- Protección a la empresa contra cierto tipo de concurrencia: defensa de la **competencia** (nº 615); competencia desleal (nº 705).
- Los **contratos normados**, en los que la voluntad libre de los contratantes solo opera en el momento de la perfección, pero una vez perfecto el contrato, las obligaciones que engendra quedan sustraídas en buena parte a la voluntad de los contratantes, siendo configuradas por la ley [p.e., contrato de agencia, nº 5455].
- Especialmente importante en la moderna concepción del derecho mercantil contractual es la **protección del consumidor** final de los productos y servicios (nº 290).

## 70

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

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

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

**Contratos atípicos** Manifestación del **principio de libertad contractual** establecido en el CC art.1255 es que las partes puedan estructurar libremente sus convenios, conforme a sus necesidades y posibilidades; pues, aunque la ley prevea y regule determinados contratos, puede que éstos no se ajusten al propósito de las partes. Se distingue así entre contratos típicos y atípicos, según que exista o no una previa normativa o una disciplina jurídica objetiva y general para ellos.

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

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

- La **influencia del derecho anglosajón**, con nuevas formas de contratación: p.e., leasing (nº 4520); factoring (nº 4685); franquicia (nº 5700).
- Los **avances tecnológicos** que imponen nuevos usos (ver nº 10750 s. sobre los contratos de las nuevas tecnologías).
- La paulatina disminución del comerciante individual y su sustitución por la **empresa** y las sociedades mercantiles, con las exigencias que ello reporta: programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología, utilización de patentes.
- La **obsolescencia** de los códigos Civil y de Comercio, con más de cien años de existencia, que en forma alguna pudieron prever la revolución industrial y tecnológica ocurrida tras la segunda guerra mundial.

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

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

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

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

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

**a)** Los límites de **admisión y validez** de cada supuesto en particular, cuya solución viene determinada por los propios límites de la autonomía de la voluntad (nº 68), y la idea de causa ilícita (nº 147). Para la doctrina civilística, la admisión y validez de estas figuras contractuales o marcos de contratación atípicos no revisten inconveniente alguno, si su función económico-social y los fines concretos que las partes pretenden obtener quedan coherentes con los principios y límites que impone el control social en materia contractual (TS 10-7-12, EDJ 221337).

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

- Teoría de la **absorción**, consistente en buscar el elemento principal que se corresponda con el preponderante, a su vez, de algún contrato típico, y aplicar la normativa aplicable a éste. Ello plantea la dificultad de aplicación en los supuestos en los que no sea posible averiguar cuál de las prestaciones es la principal.
  - Teoría de la **combinación**, es decir, combinando las normas de todos los contratos típicos cuyas prestaciones y elementos coexisten en el contrato atípico.
- No obstante, en los supuestos de **contratos absolutamente atípicos** es preciso acudir a las normas o criterios ya asentados por los usos, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

72

74

76

78

**Precisiones** 1) El problema del **contrato mixto** no es el de su admisión, sino el de su **regulación** (TS 19-5-82, EDJ 3161).

2) Es admisible y lícito que los que contratan puedan combinar diferentes tipos contractuales o convenir diversas prestaciones o contraprestaciones, dando así lugar a los contratos unidos, yuxtapuestos y mixtos, y también al **contrato complejo**, considerado como un todo único, interpretable conforme a la intención de los contratantes (TS 2-4-64). Así, por ejemplo, la modalidad de **permuta de terrenos por edificaciones futuras** suele albergar una multiplicidad de relaciones jurídicas (compraventa, permuta y arrendamiento de obras) pero ello no implica que se trate de varios contratos, sino que dan lugar a un único contrato mixto o complejo (TS 29-6-16, EDJ 104622).

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

4) El **contrato de opción de compra**, que ha sido también denominado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como derecho de opción, se puede estimar como un contrato atípico en el sentido de que no tiene cobertura legal en el Código Civil, aunque bien es cierto que su aspecto registral está reconocido en el RH art.14 (TS 15-12-97, EDJ 9779).

5) El contrato de **corretaje o mediación** es un contrato atípico, consensual y oneroso, perteneciente al grupo de los contratos de gestión y mediación, que, al carecer de específica regulación en nuestro ordenamiento jurídico, ha de regirse por las normas generales del CC art.1254 s.; y la **análoga aplicación** de las normas de otros tipos contractuales afines al mismo, como el mandato, comisión mercantil o arrendamiento de servicios (AP Badajoz 18-1-22, EDJ 507883).

## B. Requisitos

(CC art.1261)

- 80** Para que exista un contrato es precisa la concurrencia de los siguientes **elementos**:
- consentimiento de los contratantes (nº 85);
  - objeto cierto que sea materia del contrato (nº 125); y
  - causa de la obligación que se establezca (nº 145).

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

### 1. Consentimiento

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

- 85** El consentimiento se manifiesta como el concurso de la **oferta** y la **aceptación** sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio. Pero para que haya contrato no basta la mera existencia de la voluntad contractual de cada uno de los contratantes. Se requiere, además:
- que éstos puedan prestar consentimiento, esto es, sean jurídicamente **capaces** para contratar (nº 95); y
  - que la voluntad expresada o manifestada carezca de **vicios** que incidan en su validez o eficacia (nº 110).

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

2) Se declara la nulidad de un contrato en el que la contratación del derecho de afiliación a un programa de servicios vacacionales se produjo en unas circunstancias que hacen dudar de que el **consentimiento** se prestara **libremente**: se produjo una contratación rápida, con utilización de técnicas de venta ciertamente agresivas, faltando a los actores el necesario **período de reflexión**. La firma del contrato se produjo en el marco de una reunión organizada por la demandada, en sus locales, a la que acudió el cliente con el reclamo de un regalo. Todas esas circunstancias determinan que el cliente incurra en un error esencial sobre el objeto y el precio del contrato (AP Barcelona 27-6-05, EDJ 104073).

### a. Lugar de celebración

(CC art.1262; CCom art.54)

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

Cuando el que hizo la oferta y el que la aceptó se encuentran en **lugares distintos**, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no la pueda ignorar sin faltar a la buena fe. La norma vigente no exige ya para la perfección del contrato, como en la redacción originaria del Código civil, el conocimiento de la aceptación, pero sí la expedición de la misma en tiempo y forma que permitan inferir su recepción en el círculo del oferente y la posibilidad de su conocimiento por él con el empleo de una normal diligencia (AP Córdoba 9-10-15, EDJ 247538).

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

Cuando el contrato se celebra a través de **dispositivos automáticos**, el consentimiento existe desde la manifestación de la aceptación. Ver nº 11175 s. para más información sobre los contratos electrónicos.

90

### b. Capacidad

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

La capacidad para contratar se rige por las reglas generales de carácter civil, y coincide sustancialmente con la **capacidad general de obrar**. Un estudio en detalle de esta materia se recoge en el nº 2905 Memento Familia 2020-2021.

Las únicas **limitaciones** que conoce nuestro ordenamiento jurídico para contratar son las del menor de edad no emancipado (CC art.1263 y 1264) y las de las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación (CC art.249 y 287 redacc L 8/2021).

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

- Los **mayores de edad**; esto es, mayores de 18 años (CC art.240 redacc L 8/2021).
- Los menores de edad **emancipados** (CC art.239 a 248 redacc L 8/2021).
- Los **menores** de edad no emancipados con asistencia de su representante legal -progenitores, tutor, defensor judicial-, quienes suplen su falta de capacidad (CC art.154, 162, 222), y con sujeción a las limitaciones y demás condiciones legalmente previstas para el gravamen y la enajenación de bienes (ver nº 96).
- Las **personas con discapacidad** con el apoyo que precisen conforme a las medidas de apoyo adoptadas judicialmente para el ejercicio de su capacidad jurídica (CC art.249 s. redacc L 8/2021). Ver nº 97.
- Las **personas jurídicas**, actuando por medio de sus órganos de representación.

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

**Menores de edad** (CC art.166 a 168) Los **progenitores**, como administradores de los bienes de sus hijos, pueden renunciar a sus derechos, enajenar, o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (salvo el derecho de suscripción preferente de acciones) siempre que existan causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa **autorización del juez** del domicilio del menor con audiencia del Ministerio Fiscal.

La necesidad de autorización judicial previa no es necesaria si el hijo hubiera cumplido **16 años** y consiente en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Los actos llevados a cabo por los padres **sin** contar con la preceptiva **autorización judicial** son anulables. Por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado por la madre como representante legal de sus hijos menores sin contar con autorización judicial implica la anulabilidad del mismo (TS 3-3-06, EDJ 21313).

El juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, cuando la administración de los progenitores ponga en **peligro el patrimonio del menor**, puede adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación de la administración o incluso nombrar un administrador (CC art.167). Se prevén aquí las posibles actuaciones ante el riesgo de una mala administración por parte de los progenitores respecto del patrimonio de sus hijos y son varias las personas legitimadas para solicitar del juez las **medidas de protección**, no exigiéndose como presupuesto de aplicabilidad la concurrencia de una negligencia por parte de los progenitores.

95

96