



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

Beques a la investigació 2014

Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya.

Autors

Esteve Bosch Capdevila
Pedro del Pozo Carrascosa
Antoni Vaquer Aloy

Any 2014

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal



Aquesta obra està subjecta a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 No adaptada de Creative Commons](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.ca) el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.ca>

Així doncs, es permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública del material, sempre que se citi l'autoria del material i el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia) i no se'n faci un ús comercial ni es transformi per generar obra derivada.

Beques a la investigació 2014

Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya.

Autors

Esteve Bosch Capdevila
Pedro del Pozo Carrascosa
Antoni Vaquer Aloy

Any 2014

ÍNDIX DEL TREBALL

- 1.- Proposta d'articulat
- 2.- Comentaris a l'articulat

ÍNDIX DE L'ARTICULAT

Secció primera: DISPOSICIONS GENERALS

Subsecció primera: El contracte i l'autonomia de la voluntat

Article 612-1: El contracte

Article 612-2: L'autonomia de la voluntat i els seus límits

Subsecció segona: El contingut obligacional del contracte

Article 612-3: Determinació del contingut fonamental del contracte

Article 612-4: Integració del contracte per la publicitat i els usos

Article 612-5: Contracte integrat per condicions generals

Article 612-6: Clàusula abusiva

Subsecció tercera: La causa del contracte

Article 612-7: Causa del contracte

Subsecció quarta: La forma del contracte

Article 612-8: Forma

Subsecció cinquena: La condició i el termini

Article 612-9: La condició

Article 612-10: El termini

Subsecció sisena: L'adaptació del contracte

Article 612-11: Canvi en les circumstàncies essencials del contracte

Subsecció setena: Els subjectes de l'eficàcia del contracte

Article 612-12: Relativitat

Article 612-13: El contracte a favor de tercer

Article 612-14: El contracte per a persona a designar

Article 612-15: Transmissió de la posició de part contractual

Secció segona: LA FORMACIÓ DEL CONTRACTE

Subsecció primera: Preliminar

Article 612-16: Consentiment de les parts

Subsecció segona: Les negociacions

Article 612-17: Llibertat per negociar i bona fe

Article 612-18: Responsabilitat per *culpa in contrahendo*

Article 612-19: Deure de confidencialitat
Article 612-20: Deure d'informació
Article 612-21. Cartes d'intencions

Subsecció tercera: La formació del contracte pel concurs d'oferta i acceptació

Article 612-22. Conclusió del contracte
Article 612-23. Oferta
Article 612-24. Vigència i retirada de l'oferta
Article 612-25. Revocació de l'oferta
Article 612-26: Refús de l'oferta
Article 612-27: Acceptació de l'oferta
Article 612-28: Termini d'acceptació
Article 612-29: Acceptació fora de termini
Article 612-30: Acceptació amb modificacions
Article 612-31: Incompatibilitat entre condicions generals

Subsecció quarta: Contractes preparatoris

Article 612-32. Contractes preparatoris
Article 612-33. Compromís de contractar
Article 612-34. Precontractes
Article 612-35. Precontracte d'opció o dret personal d'opció
Article 612-36. Opció de compra
Article 612-37. Exercici de l'opció

Subsecció cinquena: Pactes de preferència

Article 612-38. Drets de preferència
Article 612-39. Dret de tanteig
Article 612-40. Conseqüències de l'exercici del dret de tanteig
Article 612-41. Dret d'opció preferencial

Subsecció sisena: Conclusió del contracte per subhasta i concurs

Article 612-42. Conclusió del contracte per subhasta i concurs

Secció tercera: LA INTERPRETACIÓ DEL CONTRACTE

Article 612-43. Intenció comuna de les parts
Article 612-44. Elements de la interpretació
Article 612-45. Criteris de la interpretació
Article 612-46. Redacció en diferents llengües d'un mateix contracte

Secció quarta: LA INEFICÀCIA DEL CONTRACTE

Subsecció primera: La nul·litat del contracte

Article 612-47. Contractes nuls
Article 612-48. Ineficàcia del contracte nul
Article 612-49. Declaració de la nul·litat

Subsecció segona: L'anul·labilitat del contracte

Article 612-50. Contractes anul·lables

Article 612-51. Error
Article 612-52. Error en la declaració
Article 612-53. Engany
Article 612-54. Amenaces
Article 612-55. Vicis ocasionats per terceres persones
Article 612-56. Avantatge injust
Article 612-57. Anul·lació del contracte
Article 612-58. Legitimació i còmput del termini per a l'anul·lació del contracte
Article 612-59. Efectes de l'anul·lació
Article 612-60. Nul·litat parcial del contracte
Article 612-61. Extinció de la facultat d'anul·lació

Subsecció tercera: La protecció del crèdit

Article 612-62. Contractes en frau de creditors
Article 612-63. Inoposabilitat

1.- Proposta d'articulat

Secció primera: DISPOSICIONS GENERALS

Subsecció primera: El contracte i l'autonomia de la voluntat

Article 612-1: El contracte

1.- *El contracte és un acord de voluntats pel qual dues o més persones es vinculen per a crear, modificar o extingir obligacions, drets reals o altres efectes jurídics patrimonials.*

2.- *No hi ha contracte pel sol fet que una persona realitzi una prestació no sol·licitada a favor d'una altra, i aquesta romangui en silenci o inactiva.*

Article 612-2: L'autonomia de la voluntat i els seus límits

1. *El contingut del contracte és el que els contractants han expressat lliurement i preval sobre qualsevol font del Dret. L'autonomia de la voluntat dels contractants no té altres límits que les normes imperatives, la bona fe i l'ordre públic.*

2. *En allò que les parts contractants no hagin estipulat, el contingut del contracte és el que estableix la llei amb caràcter dispositiu en la regulació dels tipus contractuals que s'adiuen al contingut contractual volgut per les parts.*

3. *El contracte obliga també a totes les conseqüències que, d'acord amb la seva naturalesa, derivin de la bona fe i l'ús.*

Subsecció segona: El contingut obligacional del contracte

Article 612-3: Determinació del contingut fonamental del contracte

1. *El contingut fonamental del contracte ha d'estar determinat de manera clara i suficient, sense que calgui un nou acord de voluntats de les parts contractuals.*

2. *La implementació i execució dels efectes fonamentals del contracte no es pot deixar al mer arbitri d'un dels contractants.*

3. *Sens perjudici del que estableixen els apartats anteriors, les parts poden pactar que el preu o un altre element del contracte sigui determinat per tan sols una d'elles.*

En aquest cas, tret que el contracte estableixi una altra cosa, si l'elecció del preu o de l'altre element no és raonable, aquests podran ser substituïts per altres d'adequats a les circumstàncies del contracte.

Article 612-4: Integració del contracte per la publicitat i els usos

- 1. Si una de les parts és un empresari o un professional, resta obligat per la publicitat que hagi realitzat o la informació que hagi proporcionat ell mateix o qualsevol altra persona implicada en la cadena de comercialització, llevat que l'altra part no hagi confiat en la publicitat o la informació o no era raonable que hi confiés.*
- 2. Les parts resten també obligades pels usos a què s'hagin sotmès o pels que hagin establert elles mateixes en les seves relacions anteriors, així com, si és raonable, pels usos aplicables a persones de la mateixa condició.*

Article 612-5: Contracte integrat per condicions generals

- 1. El contingut del contracte pot estar determinat de manera unilateral per una de les parts mitjançant clàusules o condicions generals formulades prèviament per a un nombre indeterminat de contractes.*
- 2. La incorporació de les condicions generals al contracte només té lloc si aquestes compleixen els requisits que estableixen aquest Codi, el Codi de Consum de Catalunya i les altres lleis.*
- 3. Les condicions generals han de ser admeses expressament per la part adherent i han de ser transparents, clares, concretes i senzilles.*

Article 612-6: Clàusula abusiva

- 1. Una clàusula contractual abusiva és nul·la i es té per no formulada.*
- 2. Una clàusula contractual és abusiva quan, sigui o no condició general, no hagi estat negociada individualment i pel seu contingut, en relació amb la resta de clàusules del contracte, crea una situació de desigualtat i un desequilibri entre els drets i les obligacions de les parts contràries a la bona fe i a la honradesa en els tractes.*

Subsecció tercera. La causa del contracte

Article 612-7: Causa del contracte

- 1. L'acord de voluntats comprèn la funció jurídica i econòmica que hom pretén assolir amb el contracte.*
- 2. La causa del contracte es pot descriure amb la mera designació del tipus contractual que ha de determinar aquells efectes del contracte que les parts no hagin regulat expressament.*
- 3. Si la funció del contracte encaixa en dos o més tipus contractuals, les regles d'aquests s'apliquen de manera concorrent, en la mesura que siguin compatibles i s'ajustin a la finalitat perseguida per les parts.*

Subsecció quarta. La forma del contracte

Article 612-8: Forma

- 1. La validesa del contracte no depèn de cap requisit de forma.*
- 2. No obstant el que s'estableix en l'apartat anterior, la llei i els contractants poden establir requisits de forma, amb els efectes que en cada cas es determinin. En aquests casos, els contractants es poden compel·lir recíprocament a complir la forma exigida.*
- 3. La possibilitat d'inscriure el contracte en un registre públic permet també als contractants compel·lir-se recíprocament a complir la forma requerida per la inscripció.*
- 4. La forma requerida en un contracte ha de ser observada també en qualsevol modificació que posteriorment s'hi faci, tret que es tracti de la modificació de simples estipulacions accessòries.*

Subsecció cinquena. La condició i el termini

Article 612-9: La condició

- 1. Les parts poden sotmetre l'eficàcia del contracte o d'alguna estipulació del contracte a una condició suspensiva o resolutòria.*
- 2. Les condicions suspensives il·lícites i les contràries als bons costums determinen la nul·litat del contracte. Les condicions resolutòries il·lícites i les contràries als bons costums es tenen per no formulades. La condició impossible es té sempre per no formulada.*

3. *Pendent la condició suspensiva, les parts poden realitzar actes adreçats a la conservació i defensa dels seus drets.*
4. *Es pot reclamar la restitució del pagament realitzat mentre la condició suspensiva està pendent.*
5. *La condició no impedeix transmetre els drets de les parts, però els efectes de la transmissió queden supeditats al tipus de condició de què es tracti.*
6. *S'entén que s'ha complert la condició si la persona interessada en el compliment impedeix per actes propis que es pugui complir i s'entén que s'ha incomplert si en força el compliment de mala fe.*
7. *Les parts en el contracte tenen dret als fruits i les rendes dels béns que es transmeten mentre la condició suspensiva està pendent de compliment. Si la condició és resolutòria, els fruits i les rendes pertanyen a les parts fins al compliment de la condició.*
8. *Es considera incomplerta la condició si no es compleix dins del termini acordat o el que raonablement resulti de la naturalesa i les circumstàncies del contracte.*

Article 612-10: El termini

1. *Les parts poden fixar un termini per al compliment del contracte o d'alguna de les obligacions que en resultin amb eficàcia suspensiva o resolutòria.*
2. *El termini incert implica condició.*
3. *No es pot repetir allò que s'ha pagat sense error abans que arribi el termini fixat.*

Subsecció sisena. L'adaptació del contracte

Article 612-11: Canvi en les circumstàncies essencials del contracte

1. *Les parts han de complir les obligacions derivades del contracte encara que el seu compliment esdevingui més oneros.*
2. *No obstant el que disposa l'apartat anterior, si com a conseqüència d'un canvi en les circumstàncies essencials que van tenir en compte les parts en concloure el contracte la prestació d'una part esdevé excessivament onerosa, per una causa imprevista i sense que cap de les parts n'assumís el risc, els contractants, i en el seu defecte l'autoritat judicial, han de modificar el contracte a fi de restablir un equilibri raonable entre les respectives posicions jurídiques.*

3. Si l'adaptació del contracte no és possible, el contractant perjudicat pot resoldre el contracte i, si escau, reclamar una indemnització de danys i perjudicis si l'actuació de l'altra part ha estat contrària a la bona fe i a l'honradesa en els tractes.

Subsecció setena. Els subjectes de l'eficàcia del contracte

Article 612-12: Relativitat

El contracte només vincula les parts contractants i els seus hereus, llevat que els drets i obligacions que en deriven no siguin transmissibles, sia per la seva naturalesa, per pacte o per disposició de la llei.

Article 612-13: El contracte a favor de tercer

1. *El contracte pot atorgar un dret a favor d'un tercer beneficiari.*
2. *En el contracte, la part que ha de realitzar la prestació a favor del tercer rep el nom de promitent; l'altra, el d'estipulant. Totes les parts en el contracte poden ser, alhora, promitents i estipulants.*
3. *El tercer beneficiari pot exigir al promitent l'execució d'allò promès, bé inicialment o bé en el moment en què es compleix el supòsit de fet.*
4. *Si un contracte atorga el compliment de prestacions a favor d'un conjunt indeterminat de persones o d'una finalitat d'interès general, el dret a exigir al promitent l'execució d'allò promès correspon:*
 - a) *A les persones que els contractants hagin designat amb aquesta finalitat.*
 - b) *En el cas de les prestacions a favor d'una finalitat d'interès general, als òrgans administratius corresponents, a les entitats assistencials i a les fundacions i associacions interessades.*
5. *Llevat que l'atribució del dret al tercer beneficiari s'hagi configurat amb caràcter personalíssim, els seus hereus poden acceptar l'atribució.*
6. *El promitent pot oposar al tercer beneficiari totes les excepcions derivades del contracte, però no les que tinguin el seu origen en altres relacions amb l'estipulant.*

Article 612-14. El contracte per a persona a designar

1. *En el contracte una de les parts es pot reservar la facultat de designar la persona que esdevindrà el contractant definitiu.*

2. La designació s'ha de comunicar a l'altra part contractant amb l'acceptació de la persona designada.

3. Si la designació no es realitza en el termini acordat o, en el seu defecte, en un termini raonable, el contracte produeix els seus efectes entre les parts originàries.

Article 612-15: Transmissió de la posició de part contractual

1. En el mateix contracte o posteriorment, les parts poden pactar la possibilitat de transmetre a un tercer la posició de part contractual.

2. La transmissió s'ha de fer amb els requisits de forma, de notificació i d'eficàcia pactats en el contracte. Si les parts no han previst aquestes qüestions, la transmissió de la posició de part contractual s'ha de fer amb els mateixos requisits de forma que el contracte i tindrà efectes a partir de la notificació fefaent que el cedent i el nou contractant facin de l'acte de transmissió.

3. Si la transmissió no es realitza en el termini acordat o, en el seu defecte, en un termini raonable, el contracte produeix els seus efectes entre les parts originàries.

4. El cedent garanteix al cessionari l'existència de la posició contractual cedida, però no que l'altra part compleixi les seves obligacions, llevat que pactin altrament.

5. Llevat que es pacti altrament, la nova part contractual només pot al·legar les excepcions que resultin de la relació cedida, i les garanties ofertes pel cedent i per terceres persones s'extingeixen, amb l'excepció en aquest darrer cas que el negoci de cessió compregui també la transmissió de l'objecte que constitueix la garantia.

6. En determinats casos previstos per la llei, l'adquirent d'un bé que està directament vinculat al contingut d'un contracte, adquireix també la titularitat dels drets i deures que integren el contracte.

Secció segona: LA FORMACIÓ DEL CONTRACTE

Subsecció primera: Preliminar

Article 612-16. Consentiment de les parts

1.- La formació del contracte exigeix la concurrència de la voluntat de totes i cadascuna de les parts.

2.- El contracte es pot concloure:

a.- Per la negociació de les parts.

b.- Pel concurs d'oferta i acceptació.

c.- Per un contracte preparatori.

d.- Per l'exercici d'un pacte de preferència.

e.- Per subhasta i concurs.

3.- La voluntat de cada part de concloure un contracte s'ha de valorar d'acord amb les seves declaracions o conductes, tal com van ser raonablement interpretades per la persona a la que van dirigides.

Subsecció segona: les negociacions

Article 612-17: Llibertat per negociar i bona fe

1.- Les parts són lliures per iniciar, desenvolupar o trencar les negociacions dirigides a concloure un contracte, sempre d'acord amb les exigències de la bona fe.

2.- Actua de manera contrària a la bona fe la part que inicia o continua les negociacions sense la intenció de concloure el contracte, i també qui, havent creat en l'altra part una confiança raonable respecte a la conclusió del contracte, trenca les negociacions sense causa justificada.

Article 612-18: Responsabilitat per culpa in contrahendo

1.- La part que inicia, continua o trenca les negociacions infringint les exigències de la bona fe està obligada a reparar el dany causat a l'altra part.

2.- La reparació inclourà les despeses originades per tal de concloure el contracte, i les pèrdues causades per l'esvaïment d'oportunitats de negoci similars, però no comprendrà la pèrdua dels beneficis que hagués originat el contracte no conclòs.

Article 612-19: Deure de confidencialitat

1.- Si, en el decurs de les negociacions, una de les parts comunica a l'altra alguna informació de caràcter confidencial, aquesta part no podrà divulgar-la ni utilitzar-la en profit seu, si el contracte no s'arriba a concloure. Si el contracte se celebra, només podrà utilitzar la informació en la mesura que estableixi el contracte.

2.- La part que infringeix el deure de confidencialitat està obligada a reparar el dany ocasionat a l'altra, i a abonar-li el benefici que ha obtingut arran de l'incompliment.

Article 612-20: Deure d'informació

1.- *En el decurs dels tractes preliminars, les parts s'han d'informar mútuament de qualsevol circumstància, de fet o de dret, que, d'acord amb les exigències de la bona fe, es consideri raonablement que s'ha de conèixer per tal de formar-se un judici sobre la conveniència o no de concloure el contracte.*

2.- *La infracció del deure d'informació, si no s'anul·la el contracte per error o per engany, donarà dret a la part perjudicada a exigir una indemnització pels danys i perjudicis que se li han ocasionat.*

Article 612-21. Cartes d'intencions

1.- *Els documents en els que les parts declaren la seva voluntat de començar o continuar una negociació no les obliguen a contractar, sinó només a negociar sota unes bases ja prefixades.*

2.- *Les cartes d'intencions tenen una funció interpretativa de la voluntat de les parts.*

Subsecció tercera: La formació del contracte pel concurs d'oferta i acceptació

Article 612-22. Conclusió del contracte

1.- *L'acceptació de l'oferta produeix la conclusió del contracte.*

2.- *El contracte es conclou en el moment en què l'oferent rep l'acceptació.*

3.- *Quan l'acceptació d'una oferta derivi d'una conducta del destinatari, el contracte s'entendrà conclòs en el moment en què l'oferent tingui coneixement de la dita conducta, tret que l'acord de les parts o els usos comercials disposin altrament.*

4.- *Els contractes celebrats mitjançant dispositius electrònics s'entenen conclusos en el moment en què el destinatari manifesta la seva acceptació. L'oferent haurà de confirmar per via electrònica i sense demora l'arribada de l'acceptació.*

Article 612-23. Oferta

1.- *Una proposta de concloure un contracte dirigida a una o a diverses persones determinades constituirà una oferta si:*

a.- *revela la voluntat de l'oferent de convertir-se en un contracte en cas d'acceptació per l'altra part, i*

b.- *conté tots els elements necessaris per a concloure el contracte, o preveu la forma de determinar-los.*

2.- Si la proposta es dirigeix a persones indeterminades, o al públic en general, es considerarà com una simple invitació a presentar ofertes, si el proponent no diu altra cosa.

Article 612-24. Vigència i retirada de l'oferta

1.- Una oferta produeix els seus efectes quan arriba al destinatari.

2.- Una oferta, encara que sigui irrevocable, podrà ser retirada si la notificació de la seva retirada arriba al seu destinatari abans o al mateix temps que l'oferta.

3.- Una oferta desplega els seus efectes fins quan transcorre el seu termini de vigència, o fins a la seva revocació per part de l'oferent, o fins que es refusada pel seu destinatari. En qualsevol cas, l'oferta s'extingeix passat un termini de vigència raonable.

Article 612-25. Revocació de l'oferta

1.- L'oferta, una vegada hagi arribat al seu destinatari, podrà ser revocada per l'oferent, excepte quan es doni alguna de les següents circumstàncies:

a.- Quan en l'oferta s'indica que és irrevocable.

b.- Si en l'oferta s'estableix un termini determinat de vigència, llevat que l'oferent s'hagi reservat expressament la seva facultat de revocar-la.

c.- Quan el destinatari tingui motius raonables, per les declaracions o conductes de les parts, per confiar en el caràcter irrevocable de l'oferta, i hagués realitzat actes o negocis sobre la base d'aquesta confiança.

2.- Per tal que la revocació sigui efectiva, la notificació de la revocació ha d'arribar al destinatari de l'oferta abans que aquest hagi tramès la seva acceptació i, en els casos d'acceptació derivada d'una conducta, abans que l'oferent tingui coneixement d'aquesta conducta.

Article 612-26: Refús de l'oferta

Una oferta, encara que sigui irrevocable, s'extingirà quan la notificació de refús feta pel seu destinatari arribi a l'oferent, o quan l'oferent tingui coneixement de la conducta del destinatari indicativa del refús.

Article 612-27: Acceptació de l'oferta

1.- L'acceptació del destinatari es pot fer per qualsevol declaració o conducta que indiqui conformitat amb l'oferta. El silenci o la inacció del destinatari no constitueixen per sí sols acceptació, tret que les parts hagin acordat altrament, cas en què s'ha de fixar un termini raonable per a què el destinatari pugui refusar l'oferta.

2.- L'acceptació esdevé efectiva quan arriba a l'oferent. L'acceptació es pot retirar si la notificació de la seva retirada arriba al seu destinatari abans o al mateix temps que l'acceptació.

3.- En els contractes conclusos mitjançant dispositius automàtics, el destinatari podrà retirar la seva acceptació fins al moment en què l'oferent li hagi confirmat l'arribada de l'acceptació.

Article 612-28: Termini d'acceptació

1.- L'acceptació ha d'arribar a l'oferent dins del termini establert en l'oferta. Si no s'ha fixat cap termini, l'acceptació haurà d'arribar a l'oferent dins d'un termini raonable.

2.- L'acceptació d'una oferta verbal ha de ser immediata, tret que en l'oferta s'indiqui o de les circumstàncies es dedueixi una altra cosa.

3.- L'acceptació esdevindrà efectiva, tot i que no s'hagi comunicat a l'oferent, quan derivi del començament de l'execució d'un contracte per part del destinatari de l'oferta, i així s'hagués indicat en l'oferta o resulti de la pràctica entre les parts o dels usos dels negocis i s'hagi fet dins dels terminis previstos a l'apartat primer d'aquest article.

Article 612-29: Acceptació fora de termini

1.- Si la carta o una altra comunicació escrita que contingui una acceptació arriba a l'oferent fora de termini, però es demostra que en circumstàncies normals la comunicació hagués hagut d'arribar a temps, s'entendrà que l'acceptació és efectiva llevat que l'oferent comuniqui al destinatari, sense demora injustificada, que l'oferta ha caducat.

2.- En la resta de casos en què l'acceptació ha arribat fora de termini, l'acceptació podrà produir els seus efectes si l'oferent, sense demora injustificada, així ho comunica al destinatari, verbalment o per escrit.

Article 612-30: Acceptació amb modificacions

1.- La resposta a una oferta que contingui addicions, limitacions o modificacions que alterin substancialment els termes de l'oferta, s'entendrà com un refús de l'oferta inicial i constituirà una contraoferta.

2.- S'entén que alteren substancialment els termes de l'oferta les clàusules addicionals o diferents relacionades, entre d'altres, amb el preu, el pagament, la qualitat i la quantitat dels béns, el moment i el lloc de l'entrega, l'abast de la responsabilitat d'una de les parts respecte a l'altra, o la resolució de litigis.

3.- Si les alteracions no són substancials, s'entendrà que l'oferta s'accepta, i les noves clàusules o les modificacions passaran a formar part del contingut del contracte, excepte quan es doni alguna de les circumstàncies següents:

a.- si l'oferent s'oposa sense demora injustificada a les clàusules addicionals o diferents;

b.- si l'oferta limita expressament l'acceptació als termes previstos en ella.

c.- si el destinatari condiona la seva acceptació a l'aprovació per part de l'oferent de les clàusules addicionals o diferents, i aquesta aprovació no arriba al destinatari en un termini raonable.

d.- si la modificació recau sobre un aspecte del contracte que va ésser objecte de discussió prèvia entre les parts.

Article 612-31: Incompatibilitat entre condicions generals

1.- Quan en el procés de formació del contracte les parts hagin utilitzat formularis de condicions generals diferents, el contracte existirà i es regirà per les clàusules particulars i per aquelles condicions generals que coincideixin en allò que sigui fonamental.

2.- Això no obstant, el contracte no s'entendrà conclòs si es dóna alguna de les següents circumstàncies:

a.- Que alguna de les parts hagi indicat prèviament, de manera explícita i no a través de les condicions generals, que no es considerarà obligada si no hi ha acord en les condicions generals; o

b.- Que alguna de les parts notifiqui a l'altra, sense demora excessiva, que no es considera vinculada pel contracte.

Subsecció quarta: Contractes preparatoris

Article 612-32. Contractes preparatoris

- 1.- *En els contractes preparatoris ha de constar els contingut essencial del contracte definitiu.*
- 2.- *Són contractes preparatoris el compromís de contractar i el precontracte.*
- 3.- *La durada dels contractes preparatoris no pot excedir de quatre anys. Si s'ha fixat un termini superior, serà reduït quant a l'excés. Si no s'ha fixat el termini, aquest serà d'un any.*
- 4.- *Quan el contracte preparatori es constitueixi com a pacte o estipulació integrat en un altre negoci jurídic, la seva durada pot ser la mateixa d'aquest negoci jurídic, amb les pròrrogues corresponents.*
- 5.- *La durada dels contractes preparatoris es podrà prorrogar abans d'arribar a la finalització del termini, per un temps que, sumat a l'inicial, no excedeixi del màxim legal. Finalitzat el termini, es podran tornar a concloure els contractes preparatoris que s'estimi adient, sempre que la durada de cadascun d'ells no superi el màxim legal.*
- 6.- *Si no s'ha pactat altrament, cap de les parts del contracte preparatori podrà cedir a un tercer la seva posició de part contractual.*

Article 612-33. Compromís de contractar

- 1.- *En virtut del compromís de contractar les parts s'obliguen a concloure, dins del termini previst, el contracte definitiu.*
- 2.- *Si una de les parts es nega a prestar el consentiment per tal de concloure el contracte definitiu, l'altra part tindrà dret a exigir els danys i perjudicis causats per aquest incompliment.*
- 3.- *Són vàlids els pactes en els que les parts:*
 - a.- *Estipulen la quantia dels danys i perjudicis causants per l'incompliment del compromís.*
 - b.- *Acorden que, en cas de negativa d'una de les parts a prestar el consentiment per a concloure el contracte definitiu, l'autoritat judicial o un tercer podrà donar aquell consentiment.*

Article 612-34. Precontractes

- 1.- *Si les parts conclouen un precontracte, el compliment de les recíproques prestacions resta en suspens fins al moment en què qualsevol de les parts decideix, dins del termini previst, donar efectivitat al contracte.*
- 2.- *La decisió de donar efectivitat al contracte es farà mitjançant notificació fefaent d'una de les parts a l'altra, a qui li haurà d'arribar dins del termini de durada del precontracte.*
- 3.- *Una vegada rebuda la notificació a què fa referència l'apartat anterior, esdevindran exigibles les recíproques prestacions derivades del contracte.*

Article 612-35. Precontracte d'opció o dret personal d'opció

- 1.- *En el precontracte d'opció, només una de les parts, anomenada optant, té la facultat de fer exigibles les obligacions derivades del contracte. L'altra part, anomenada concedent, queda vinculada a la decisió de l'optant.*
- 2.- *El precontracte d'opció s'haurà de fer amb la mateixa forma i amb els mateixos requisits que la llei exigeix per a la conclusió del contracte definitiu.*

Article 612-36. Opció de compra

- 1.- *L'opció de compra es pot constituir amb caràcter personal, com un compromís de contractar o com un precontracte, o amb naturalesa real, cas en què es regeix pels articles 568-1 i següents d'aquest codi.*
- 2.- *Si, constituïda una opció de compra en escriptura pública, no s'especifica la seva naturalesa real o personal, s'entendrà que és de naturalesa personal.*
- 3.- *El dret personal d'opció de compra pot tenir accés al Registre de la Propietat d'acord amb la legislació hipotecària.*
- 4.- *Són aplicables al dret personal d'opció de compra, quant a la conservació i la pèrdua dels béns sobre els que recau, i el règim de despeses, fruits i millores, les disposicions dels articles 568-10 i 568-11 d'aquest codi.*
- 5.- *Els béns sobre els que recau un dret personal d'opció de compra no es poden alienar pel seu propietari, tret que el titular del dret d'opció doni el seu consentiment. Només es podran gravar si s'acorda l'extinció del gravamen amb l'exercici del dret d'opció.*

Article 612-37. Exercici de l'opció

- 1.- *L'exercici del dret personal d'opció comporta l'exigibilitat del compliment de l'obligació de lliurament de l'objecte i, si escau, del pagament de la contraprestació.*
- 2.- *Si l'objecte es troba legalment en poder de terceres persones, és procedent la indemnització de danys i perjudicis.*

Subsecció cinquena: pactes de preferència

Article 612-38. Drets de preferència

Són drets de preferència:

- a.- *El dret de tanteig, que atorga al seu titular una preferència en els contractes onerosos en què el titular del dret pot donar o fer la contraprestació a què s'ha compromès un tercer. Si així es preveu en el títol constitutiu, i sempre que en aquest s'estableixi la forma com es determina el valor del bé, el dret de tanteig també pot atorgar al seu titular una preferència en els contractes gratuïts i en els onerosos en els que el titular del dret no pugui donar o fer la contraprestació a què s'hagi compromès el tercer.*
- b.- *El dret d'opció preferencial, que atorga al seu titular una preferència a canvi d'una contraprestació determinada o determinable.*

Article 612-39. Dret de tanteig

- 1.- *El dret de tanteig obliga al concedent o als seus successors a títol gratuït o lucratiu a notificar al tercer que entra en negociacions amb ell l'existència del dret de tanteig d'origen convencional. L'eventual acord al que hagin pogut arribar restarà en suspens fins que transcorri el termini per a l'exercici del dret.*
- 2.- *El concedent ha de notificar fefaentment, al titular del dret de tanteig, l'acord al que, en el seu cas, hagi arribat amb el tercer. El titular del dret podrà exercir la seva preferència en el termini pactat i, a falta de pacte dins els dos mesos a comptar de l'endemà del dia de la notificació. Si no exercita la preferència dins el termini corresponent, l'acord amb el tercer esdevindrà efectiu*
- 3.- *Si el titular del dret de tanteig decideix exercir la seva preferència, ho haurà de notificar de manera fefaent al concedent, qui ho comunicarà sense demora injustificada al tercer.*
- 4.- *El dret de tanteig no és oposable al tercer si aquest desconeix la seva existència.*

Article 612-40. Conseqüències de l'exercici del dret de tanteig

1.- Per l'exercici del dret de tanteig el seu titular quedarà subrogat en l'acord a què s'hagi arribat amb el tercer, amb exclusió d'aquelles clàusules que s'hagin establert en consideració especial a la persona del tercer.

2.- Si el dret de tanteig s'ha pactat també per als contractes gratuïts, o per als onerosos en què la contraprestació no sigui dinerària, l'exercici de la preferència donarà lloc a l'obligació de concloure un contracte entre el concedent i el titular del dret de tanteig.

3.- Si el dret de tanteig no es pot exercitar per causes imputables al concedent, el titular del dret de tanteig tindrà dret a la indemnització dels danys i perjudicis que se li hagin causat.

Article 612-41. Dret d'opció preferencial

1.- El dret d'opció preferencial atorga al seu titular una preferència per al cas que el concedent vulgui contractar sobre l'objecte de la preferència. El títol constitutiu de l'opció haurà de fixar el preu per el qual es podrà exercir la preferència, i les altres circumstàncies rellevants del contracte.

2.- Si el concedent pretén dur a terme el contracte projectat, està obligat a notificar-ho al titular de l'opció, qui, dins del termini d'exercici pactat o, si no hi ha pacte, dins els dos mesos a comptar de l'endemà del dia de la notificació, podrà exercir la seva preferència mitjançant notificació fefaent dirigida al concedent.

3.- L'exercici de la preferència donarà lloc a l'obligació de concloure un contracte entre el concedent i el titular del dret d'opció preferencial.

4.- Si la preferència no es pot exercitar per causes imputables al concedent, el titular del dret d'opció tindrà dret a la indemnització dels danys i perjudicis que se li hagin causat.

Subsecció sisena: conclusió del contracte per subhasta i concurs

Article 612-42. Conclusió del contracte per subhasta i concurs

1.- La convocatòria de la subhasta o concurs determina l'obligació per part del convocant de concloure el contracte amb la persona que ha presentat la superior licitació o la millor proposta.

2.- La presentació d'una licitació o d'una proposta obliga a qui la presenta a concloure el contracte en el cas que la licitació o proposta sigui acceptada pel convocant.

3.- La conclusió del contracte format mitjançant subhasta o concurs requereix la prestació del consentiment per ambdues parts. Si qualsevol de les parts es nega a la prestació del consentiment per a la conclusió del contracte, l'altra part tindrà dret a exigir responsabilitat pels danys i perjudicis ocasionats.

4.- El que disposa aquest article s'entén sens perjudici del que estableix la LEC respecte a les subhastes judicials, i el que preveuen les altres disposicions específiques.

Secció tercera: LA INTERPRETACIÓ DEL CONTRACTE

Article 612-43. Intenció comuna de les parts

1.- En la interpretació dels contractes s'ha de cercar la voluntat comuna de les parts, encara que no coincideixi amb el sentit literal de les paraules que han emprat.

2.- No obstant l'anterior, si una part va donar a algun terme o clàusula del contracte una interpretació particular que, en el moment de la perfecció del contracte, l'altra part coneixia o no podia ignorar, el terme o la clàusula s'interpreta en el sentit particular que li va donar la part.

3.- Si el contracte no es pot interpretar conforme als dos paràgrafs anteriors, s'interpreta com ho farien dues persones raonables de la mateixa condició que les parts del contracte.

Article 612-44. Elements de la interpretació

En la interpretació del contracte s'ha de tenir en compte els elements següents:

a) les circumstàncies en les quals es va perfeccionar el contracte, que inclouen les negociacions preliminars i la publicitat realitzada per alguna de les parts.

b) els actes de les parts, anteriors, coetanis i posteriors a la perfecció del contracte.

c) la naturalesa i l'objecte del contracte.

d) la interpretació que prèviament les parts hagin donat a expressions o clàusules similars.

e) els usos del comerç i les pràctiques habituals en el ram de l'activitat econòmica de què es tracti.

f) la bona fe.

Article 612-45. Criteris de la interpretació

1. Els termes i les clàusules que han estat negociats individualment prevalen sobre els que no ho han estat.

2. El contracte s'interpreta com un tot, relacionant unes clàusules amb les altres a fi de trobar el sentit unitari del contracte.

3. Si una clàusula admet dues interpretacions, sempre s'ha de preferir

a) aquella que condueixi a l'eficàcia del contracte;

b) en els contractes amb consumidors, aquella que beneficiï el consumidor.

4. La interpretació d'una clàusula obscura no ha d'afavorir la part que hagi causat l'obscuritat.

5. En els contractes amb condicions generals, en cas de contradicció entre dues o més clàusules, prevalen:

a) Les clàusules particulars;

b) La clàusula més beneficiosa per a l'adherent;

c) La clàusula més transcendent per a l'economia del contracte.

Article 612-46. Redacció en diferents llengües d'un mateix contracte

Si d'un contracte s'han preparat versions en llengües distintes i les parts no han assenyalat quina versió és la que consideren preferent, s'ha de preferir en cas de discrepància entre les versions la de la llengua en què originàriament es va redactar el contracte.

Secció quarta: LA INEFICÀCIA DEL CONTRACTE

Subsecció primera: La nul·litat del contracte

Article 612-47. Contractes nuls

1.- *Són nuls els contractes conclusos:*

a.- *Sense consentiment;*

b.- *Amb un contingut que no és determinable de manera clara i suficient, o que és contrari a les normes imperatives o prohibitives, a la bona fe o a l'ordre públic;*

c.- *Sense que se sàpiga la seva causa, o en què és falsa la causa que s'expressi;*

d.- *Sense els requisits de forma que la llei exigeix, o què els propis contractants han acordat.*

2.- *Les declaracions fetes amb falta de serietat, amb reserva mental i, en general, sense la intenció de vincular-se jurídicament, no produeixen efectes, llevat que l'altra part hagi confiat raonablement en la seva eficàcia.*

3.- *Un contracte no és nul pel fet que, en el moment que es conclou, resulti impossible el compliment de l'obligació assumida, o perquè alguna de les parts no tingui poder de disposició sobre els béns objecte del contracte.*

4.- *El contracte en el que les parts, de manera conscient i voluntària, acorden un contingut contractual aparent i diferent del que realment volen, és nul, si bé produeix efectes en relació amb els tercers de bona fe. El contracte encobert és vàlid si compleix els requisits de fons i de forma exigits per la llei.*

Article 612-48. Ineficàcia del contracte nul

1.- *El contracte nul no produeix cap efecte.*

2.- *Si el contracte nul s'ha executat, totalment o parcialment, les parts s'han de restituir recíprocament els desplaçaments patrimonials que s'hagin pogut produir i, si no és possible, s'apliquen les regles de l'enriquiment injustificat.*

3.- *El contracte nul no pot ser confirmat, però es pot convertir en un altre diferent i vàlid si reuneix els seus requisits.*

Article 612-49. Declaració de la nul·litat

1.- *La nul·litat pot ser declarada per qualsevol de les parts mitjançant notificació a l'altra part, o pel jutge, ja sigui d'ofici, ja sigui a conseqüència de l'exercici d'una acció de nul·litat. Encara que no s'hagi efectuat la declaració, si alguna part pretén el compliment del contracte nul, l'altra part pot legítimament oposar-se i al·legar la causa de nul·litat corresponent.*

2.- La pretensió per declarar la nul·litat no prescriu, i la pot exercir qualsevol de les parts, hagi estat o no la causant de la nul·litat, o qualsevol altra persona amb un interès legítim.

Subsecció segona: L'anul·labilitat del contracte

Article 612-50. Contractes anul·lables

Són anul·lables:

- a.- Els contractes conclusos per persones que, d'acord amb les disposicions d'aquest Codi, no tenen la capacitat d'obrar necessària.*
- b.- Els contractes en què el consentiment s'ha prestat amb manca de coneixement o de llibertat, d'acord amb el que estableixen els articles següents.*
- c.- Aquells contractes en què així ho preveu expressament la Llei.*

Article 612-51. Error

1.- L'error, de fet o de dret, dóna lloc a l'anul·lació del contracte si concorren tots els requisits següents:

1r.- L'error és essencial.

2n.- L'error és excusable.

3r.- La part que incorre en l'error no ha assumit, segons el contracte o les circumstàncies, el risc de l'error.

4rt.- En l'altre contractant es dóna alguna de les següents circumstàncies:

- a.- Ha provocat l'error, per la informació que ha subministrat, o per la que ha omès.*
- b.- Coneix o havia de conèixer l'error de l'altra part, i, contràriament a les exigències de la bona fe, no l'ha advertida.*
- c.- Ha incorregut en el mateix error.*

2.- Per tal de discernir si l'error és o no essencial i excusable cal atendre a què faria o què hagués hagut de fer una persona raonable en la mateixa situació.

Article 612-52. Error en la declaració

1.- Si l'error en la declaració de voluntat no es pot resoldre mitjançant les regles de la interpretació del contracte, el contracte només és anul·lable si concorren els requisits exigits a l'article anterior.

2.- No s'anul·la el contracte quan l'altra part contractant, una vegada informada de l'error, comunica sense demora excessiva la seva voluntat de complir el contracte en els termes desitjats per la part que ha patit l'error.

Article 612-53. Engany

1.- El contracte és anul·lable per engany quan l'error ha estat provocat dolosament per l'altra part.

2.- L'error es provoca mitjançant una declaració dolosa, sigui de paraula o d'acte, o per l'ocultació dolosa d'alguna informació que s'hauria d'haver comunicat si s'hagués actuat d'acord amb els principis de bona fe i honradesa en els tractes o s'hagués complert el deure d'informació precontractual.

3.- Una declaració és dolosa si es fa amb el coneixement o en la creença que la declaració és falsa i la seva finalitat és que el destinatari incorri en un error.

L'ocultació d'informació és dolosa si es fa amb el propòsit d'induir a la persona a la que s'oculta a què cometi un error.

4.- L'error ocasionat per una declaració dolosa de l'altra part sempre és excusable. Si l'error el provoca l'ocultació dolosa d'informació, caldrà atendre a totes les circumstàncies, entre elles:

a.- Si la víctima de l'error té coneixements especialitzats sobre la matèria;

b.- El cost que li suposaria obtenir la informació rellevant al respecte;

c.- Si podia raonablement obtenir la informació per altres mitjans.

5.- L'error ha de ser essencial per a la víctima, de tal manera que, sense l'engany, o no hagués contractat, o hagués conclòs el contracte en unes altres condicions. Si l'error no és essencial, no dóna lloc a la nul·litat del contracte però sí a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats.

6.- Si les dues parts del contracte han actuat dolosament, cap d'elles pot anul·lar el contracte.

Article 612-54. Amenaces

1.- Una part pot anul·lar un contracte quan l'altra l'ha induït a celebrar-lo mitjançant amenaces, de tal manera que, sense elles, o no l'hagués celebrat, o l'hagués conclòs en unes condicions diferents.

2.- Per tal que el contracte sigui anul·lable, l'amenaça ha de ser explícita, i la víctima no ha de tenir una alternativa raonable. L'amenaça pot consistir en la realització d'un

mal que és il·lícit causar, o en un mal que és il·lícit utilitzar-lo com a mitjà per concloure el contracte.

3.- El mal amb el que s'amenaça pot recaure sobre la persona o béns de l'altre contractant, o sobre la persona o béns d'un tercer, i ha de ser imminent i greu.

4.- Per tal de qualificar l'amenaça cal atendre a les circumstàncies de la persona que la pateix. Si l'amenaça consisteix a causar un dany a un tercer, s'ha de valorar també la relació entre l'amenaçat i el tercer.

Article 612-55. Vicis ocasionats per terceres persones

Quan un tercer causa l'error, l'engany o les amenaces, la part que ha sofert el vici només pot anul·lar el contracte si l'altra part contractant:

a.- Ha de respondre dels actes del tercer; o

b.- Coneix el vici o l'havia raonablement de conèixer, i se n'ha aprofitat per aconseguir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

Article 612-56. Avantatge injust

1.- Quan el coneixement equivocat resulta de la inexperiència, la ignorància, la manca de previsió o la relació de confiança de la víctima amb l'altra part, o quan la manca de llibertat la provoca la relació de dependència amb l'altra part, la situació econòmicament angoixant o la necessitat imperiosa, el contracte s'anul·la només en el cas que l'altra part, tot coneixent o havent de conèixer aquestes circumstàncies, se n'aprofita i obté un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

2.- Els requisits exigits per l'apartat 1 d'aquest article per a l'anul·lació del contracte es presumeixen quan la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la contraprestació que rep és inferior a la meitat del valor de la seva prestació. La presumpció admet la prova en contrari per l'altra part, la qual també pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en la concurrència d'una causa gratuïta.

3.- La part perjudicada podrà sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte d'acord amb les exigències de la bona fe i el que sigui usual en el tràfic jurídic. El jutge també podrà adaptar el contracte a petició de la part que hagi rebut la notificació d'anul·lació per avantatge injust, sempre que aquesta ho comuniqui en un termini raonable a la part que va demanar l'anul·lació.

4.- *En la compravenda de consum, el contracte es pot anul·lar, a més d'allò regulat per l'apartat 1, si ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor contrari a les exigències de la bona fe i la honradesa de tractes.*

Article 612-57. Anul·lació del contracte

1.- *L'anul·lació del contracte té lloc:*

a.- *Per la comunicació fefaent dirigida a l'altra part, amb expressió de les causes en què es basi.*

b.- *Per l'oposició de l'excepció corresponent davant la demanda de compliment de l'altra part.*

c.- *Per la resolució judicial que la declara a conseqüència de l'exercici de l'acció d'anul·lació.*

2.- *El termini per a anul·lar el contracte, en els casos de les lletres a) i c) del número anterior, és de quatre anys, comptats d'acord amb el que s'estableix en els articles següents. En el cas de la lletra b), no hi ha termini.*

Article 612-58. Legitimació i còmput del termini per a l'anul·lació del contracte

1.- *Els contractes conclusos per les persones amb manca de capacitat han de ser anul·lats:*

a.- *Pels seus representants legals, cas en què el termini de quatre anys es compta des de la conclusió del contracte.*

b.- *Per elles mateixes quan adquireixen o recuperen la capacitat necessària, moment en què comença el còmput del termini.*

2.- *Els contractes conclusos amb manca de coneixement o de llibertat han de ser anul·lats per la persona que ha patit el vici o pel seu representant legal. El termini es comença a comptar:*

a.- *En els casos d'error o engany, des que la part legitimada coneix o raonablement pot conèixer els fets o circumstàncies que fonamenten l'anul·lació.*

b.- *En els casos d'amenaçes, quan la persona amenaçada ja pot actuar lliurement.*

c.- *En els casos d'avantatge injust, des de la conclusió del contracte.*

Article 612-59. Efectes de l'anul·lació

- 1.- *El contracte anul·lable produeix els seus efectes propis mentre no es decreta la seva anul·lació, però si aquesta es produeix té efectes retroactius.*
- 2.- *Una vegada anul·lat el contracte, si aquest ha estat executat, total o parcialment, les parts s'han de restituir recíprocament els desplaçaments patrimonials que s'hagin produït i, si no és possible, s'aplicaran les regles de l'enriquiment injustificat.*
- 3.- *Cap dels contractants no pot exigir a l'altre el compliment de les obligacions derivades de l'anul·lació del contracte mentre ell no compleixi les seves.*
- 4.- *Si l'anul·lació del contracte deriva de la manca de capacitat d'una de les parts, la seva obligació es limita a allò amb què s'hagués enriquit amb la prestació rebuda.*

Article 612-60. Nul·litat parcial del contracte

Quan les causes d'anul·lació afecten només determinades clàusules del contracte, els efectes de l'anul·lació es limiten a aquestes clàusules, llevat que, valorades totes les circumstàncies, resulti més raonable anul·lar tot el contracte.

Article 612-61. Extinció de la facultat d'anul·lació

- 1.- *El contracte no s'anul·la si la part legitimada confirma el contracte, expressament o tàcitament, sempre que conegui la causa d'anul·lació i aquesta hagi cessat.*
- 2.- *La facultat d'anul·lar també s'extingeix quan l'objecte del contracte es perd per dol o culpa de la part legitimada. S'exceptua el cas que la causa de nul·litat sigui la manca de capacitat d'una de les parts, si l'objecte s'ha perdut durant l'estat d'incapacitat.*

Subsecció tercera: La protecció del crèdit

Article 612-62. Contractes en frau de creditors

- 1.- *Són fraudulents els contractes conclusos pel deutor que impedeixin als creditors cobrar el que se'ls deu.*
- 2.- *Hi ha frau quan la transmissió es fa a títol onerós i es dóna alguna de les següents circumstàncies:*
 - a.- *La transmissió es fa a favor de persones especialment relacionades amb el deutor;*
 - b.- *El deutor es troba en una situació d'insolvència notòria; i*

c.- El deutor ha realitzat la transmissió després d'haver-se dictat contra ell sentència condemnatòria o manament d'embargament dels seus béns.

Article 612-63. Inoposabilitat

1.- Els actes i contracte gratuïts que perjudiquen els creditors i els onerosos conclusos en frau de creditors no es poden oposar als creditors mentre no n'hagi prescrit la pretensió. Els creditors podran executar els béns transmesos del patrimoni de l'adquirent en la mesura necessària per cobrar els seus crèdits.

2.- Si l'adquirent és de mala fe, respondrà del perjudici produït quan hagi alienat els béns, o quan aquests s'hagin deteriorat o perdut per qualsevol causa. Si és de bona fe, només respondrà en la mesura en què s'hagi enriquit.

3.- Si els béns transmesos es troben en el patrimoni d'un subadquirent, els creditors només els podran executar quan aquells hagin adquirit a títol gratuït, o siguin de mala fe.

4.- Hi ha mala fe en l'adquirent o en el subadquirent quan aquest coneix el caràcter perjudicial de la transmissió.

Concordances i comentaris a l'articulat

LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: LES OBLIGACIONS I ELS
CONTRACTES

TÍTOL PRIMER: DISPOSICIONS GENERALS

CAPÍTOL SEGON: TEORIA GENERAL DEL CONTRACTE

Secció primera: DISPOSICIONS GENERALS

Subsecció primera: El contracte i l'autonomia de la voluntat

Article 612-1: El contracte

1.- El contracte és un acord de voluntats pel qual dues o més persones es vinculen per a crear, modificar o extingir obligacions, drets reals o altres efectes jurídics patrimonials.

2.- No hi ha contracte pel sol fet que una persona realitzi una prestació no sol·licitada a favor d'una altra, i aquesta romangui en silenci o inactiva.

CONCORDANCES

Arts. 1254 i 1261 CCE, 1101 CCF, 1321 i 1325 CCI, 1378 i 1433 CCQ, 6:213.1 i 6:216 CCPB, II.-1:101 DCFR, 2:101 PECL, 1236 PM.

COMENTARI

1. Concepte

Aquest article presenta una definició del contracte el més senzilla i general possible, fent referència tan sols a la base del contracte, que és l'acord de voluntats, i als seus efectes, que és la creació, la modificació o l'extinció d'obligacions, de drets

reals i d'altres efectes jurídics patrimonials. En aquesta línia de claredat i simplicitat s'inscriu també l'art. II.-1:101(1) DCFR, segons el qual "a contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect".

No cal fer esment, en aquesta definició, dels elements del contracte. Sí que ho fan alguns codis, com l'espanyol i l'italià (art. 1261 CCE i 1325 CCI, respectivament), que enumeren el consentiment, l'objecte i la causa. Del consentiment ja parla l'article que proposem, en referir-se a l'acord de voluntats com a element central del contracte. En canvi, no cal fer referència a l'objecte, ja que és evident que l'acord de voluntats ha de recaure sobre una determinada matèria o una conducta humana. Tampoc cal fer ara al·lusió a la causa o funció, ja que, com veurem més endavant, és inherent al contracte mateix.

Queda palès també que l'acord de voluntats ho és entre dues o més persones, el que diferencia el contracte dels actes d'estructura unilateral, com ara la donació (v. art. 531-7 CCCat: "la donació és l'acte ..."). És útil fer aquesta precisió, ja que alguns codis, com ara l'espanyol, el francès o el quebequès (art. 1254 CCE, 1101 CCF i 1378 CCQ, respectivament), fan referència al contracte com la convenció per la qual *una* o més persones s'obliguen, expressió que inclouria no solament els contractes que generen obligacions només per una de les parts, com ara el mutu, sinó també la donació, entesa com a contracte (art. 1806 CCQ: "la donation est un contrat ..."). En la línia de l'article que proposem s'inscriu també l'art. II.-1:101(1) DCFR que, després de donar el concepte escrit de contracte, afegeix que el contracte és un "acte jurídic *bilateral* o *multilateral*". En canvi, el segon apartat del mateix art. II.-1:101 DCFR, en donar el concepte d'acte jurídic, el descriu com un acte que pot ser no solament bilateral o multilateral, sinó també unilateral. També es refereixen explícitament al contracte com a acte bilateral o multilateral els art. 6:213.1 CCPB i 1321 CCI.

2. Efectes del contracte

L'efecte més aparent del contracte és *crear obligacions*. A aquesta idea respon la definició clàssica del Codi Civil francès (art. 1101 CCF), en la que es basa la de l'art. 1254 CCE ("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").

No obstant això, també podem qualificar com a contracte altres realitats jurídiques que afecten les persones des del punt de vista patrimonial, i que encaixen perfectament en l'estructura del contracte. Resulta, però, massa genèrica i inconcreta la referència de l'art. II.-1:101 DCFR, segons la qual el contracte crea "una relació vinculant" o produeix "altres efectes legals"; és més ampla, però encara inconcreta, la referència de l'art. 1236 PM, que es refereix no solament a la creació, sinó també a la modificació i extinció de "relacions jurídiques patrimonials"

L'article pretén concretar al màxim els diferents àmbits als que es refereix el contracte, lògicament dins d'una redacció prou genèrica i flexible, pròpia de la definició d'una figura tan ampla com és el contracte. En concret, l'article es refereix no solament a la creació d'obligacions, sinó també a la seva *modificació* i *extinció*, així com a la creació, modificació i extinció de *drets reals*. Alguns codis moderns van en aquesta línia:

. El CCQ de manera desconcertant, per desendreçada, en els art. 1378 i 1433. En concret, mentre el primer defineix el contracte com la font d'una obligació d'executar una prestació, el segon, en descriure els efectes del contracte, assenyala que crea obligacions i, "de vegades", les modifica o les extingeix; el segon apartat de l'art. 1433 CCQ rebla la manca de sistemàtica per afirmar que "en alguns casos", el contracte té com a efecte constituir, transferir, modificar o extingir drets reals.

. Observacions semblants es poden fer als art. 213.1 i 216 CCPB.

Precisem aquestes idees a continuació.

a) La *modificació* d'un contracte preexistent té prou autonomia com per entendre que ella mateixa és un contracte, motiu pel qual se li apliquen les seves regles en matèries como ara la formació del consentiment o l'existència de vicis de la voluntat. Lògicament, els efectes d'un contracte que modifica un d'anterior no són mai autònoms, sinó que s'afegeixen o s'inclouen en els del primer contracte, ara modificat. En la modificació s'inclou també la *transmissió* de la posició de part contractual.

b) L'acord de voluntats pel qual s'acorda l'*extinció* d'un contracte preexistent també es pot qualificar com un contracte. Es tracta, per tant, de la figura del *dissens*, com a oposada a la del consentiment, que dóna vida al contracte. No es tracta, en canvi, de figures com la rescissió, que la llei permet en determinats casos (per exemple, art. 321 i seg. CDCC, i 1290 i seg. CCE), o el desistiment unilateral, en el que la llei permet a de les parts contractuals

imposar a l'altra l'extinció del contracte (per exemple, art. 1594 CCE, que permet a qui ha encarregat una obra "*desistir*, por su sol voluntad", de la realització de la mateixa.

c) Els actes de creació, modificació i extinció de *drets reals* també es poden estructurar com a contractes. És més, podem afirmar que el contracte és la font més habitual de creació dels drets reals; tot i així, en general la llei només fa referència al contracte com a font creadora d'aquest tipus de drets en els preceptes que regulen la transmissió dels drets reals en general; així, explícitament, en l'art. 531-3 CCCat.

En moltes ocasions es fa referència al "títol" de constitució (així, en l'usdefruit, art. 561-3.1 CCCat, i en la servitud, art. 566-2.1 CCCat), a la constitució "per mitjà d'un negoci jurídic" (drets d'aprofitament parcial, art. 563-2.2 CCCat), o tan sols a que el dret "es constitueix en una escriptura pública", en una barreja maldestre dels conceptes de títol i de forma (drets d'adquisició, art. 568-2.1 CCCat). Només algunes vegades es fa referència a la creació dels drets reals per contracte. En el CCCat, la referència al contracte es fa de manera explícita en el cens, (art. 565-3.a CCCat) i de manera indirecta en el cas de la penyora, on l'art. 569-13.2 CCCat esmenta l'*acord* de constitució. En el cas del Codi Civil espanyol, la referència al contracte com a font creadora del dret real és explícita en els art. 1857 ("los contratos de prenda e hipoteca") i 1874 CC.

El contracte també pot crear "altres efectes jurídics patrimonials". La idea bàsica del contracte és l'acord de voluntats, d'aquí que el seu contingut pot ser molt ampli, sempre adreçat a la creació d'efectes jurídics patrimonials. Són també contractes els acords entre les parts en virtut dels quals donen una determinada interpretació a altres contractes o relacions que existeixen entre ells, o l'acord en què decideixen sotmetre les seves disputes a arbitratge o mediació o en què nomenen les persones que han d'actuar com a àrbitres o mediadors, per posar dos exemples.

3. No cal fer una classificació o tipologia dels contractes

No és útil, i resulta massa acadèmic, establir les distincions i classificacions que fan alguns codis civils, com ara el francès (art. 1102 a 1106 CCF) i el del Quebec (art. 1380 a 1383 CCQ): contracte sinalagmàtic, unilateral, commutatiu, etc..

4. Prestacions no sol·licitades (apartat segon)

L'apartat segon de l'article estableix que no hi ha contracte pel sol fet que una persona realitzi una prestació no sol·licitada a favor d'una altra, i aquesta romangui en silenci o inactiva. La redacció d'aquest precepte estén a qualsevol persona una regulació que, fins ara, estava limitada a l'àmbit de la protecció del consumidor. Per tant, es resol, amb caràcter general, la qüestió, abordada en la legislació comunitària i espanyola de consum, que la tramesa de béns o la prestació de serveix no sol·licitats per un empresari a un consumidor, encara que aquest no respongui a l'enviament o als serveix, no constitueix, per si sol, cap contracte entre l'empresari i el consumidor. D'aquesta manera s'evita imposar cap comportament concret al consumidor que veu com un empresari li envia béns o li realitza serveix que no va sol·licitar: el consumidor pot romandre inactiu sense témer per les conseqüències negatives que això li pugui comportar. Si l'empresari ha actuat sota error, podrà acudir a les normes d'enriquiment injustificat, i si el consumidor ha infringit els dictats de la bona fe podrà quedar vinculat contractualment en funció de les altres circumstàncies concurrents. L'art. 27 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre drets dels consumidors, estableix l'exempció de qualsevol pagament per part del consumidor pel lliurament de béns no sol·licitats i afegeix que el silenci del consumidor subsegüent al lliurament no es pot equiparar a un consentiment contractual. Per tant, el consumidor pot romandre completament inactiu sense que això afecti negativament la seva posició jurídica. Aquesta norma ha estat incorporada a l'art. 100 TR LGDCU. Una idea similar descansa en els arts. II.-2:401 i VIII.-2:304 DCFR.

Article 612-2: L'autonomia de la voluntat i els seus límits

- 1. El contingut del contracte és el que els contractants han expressat lliurement i preval sobre qualsevol font del Dret. L'autonomia de la voluntat dels contractants no té altres límits que les normes imperatives, la bona fe i l'ordre públic.*
- 2. En allò que les parts contractants no hagin estipulat, el contingut del contracte és el que estableix la llei amb caràcter dispositiu en la regulació dels tipus contractuals que s'adiuen al contingut contractual volgut per les parts.*
- 3. El contracte obliga també a totes les conseqüències que, d'acord amb la seva naturalesa, derivin de la bona fe i l'ús.*

CONCORDANCES

Ley 7 CDCFN, 7 CDFA, 1255 i 1258 CCE, 111-7 CCCat, 1135 CCF, 1434 CCQ, 6:248 CCPB, 1322 i 1374 CCI, 9 LCC, 3.1 i 11.1.c LCI, 708.2.1 LEC, 57 Ccom, 65 LGDCU, 1237.1 i 1243 PM, 621-1 i 621-9.1 Pr2004, 623-9 i 625-9.c APL6 , II.- 1:102 DCFR, 6:102 PECL.

COMENTARI

1. L'autonomia de la voluntat com a font dels efectes jurídics (apartat primer)

Aquest article recull un principi fonamental del dret d'obligacions, com és el del reconeixement de l'autonomia privada com a font principal dels efectes jurídics que les persones pretenen assolir. Aquest principi és una concreció en l'àmbit contractual del principi, més general, de llibertat civil que recull l'art. 111-6 CCCat.

La redacció de l'article -especialment el terme "lliurement"- permet distingir els dos àmbits en els que, a nivell de principi general, es manifesta l'autonomia de la voluntat: la llibertat de celebrar el contracte i la llibertat de determinar el seu contingut. Lògicament, aquesta llibertat té com a límit el que estableix la llei imperativa. També s'inclouen com a límits els conceptes tradicionals de bona fe contractual (més adient que el concepte de "moral") i d'ordre públic, per la seva utilitat en l'aplicació de la llei amb flexibilitat, el que pot resultar útil per evitar determinades situacions que, tot i encaixar en l'estricta literalitat de la llei, poden resultar abusives o, ateses les circumstàncies d'un cas concret, poden dur a un resultat inacceptable des del punt de vista ètic.

2. Caràcter dispositiu de la regulació (apartat segon)

Aquest apartat palesa el caràcter essencialment dispositiu de les normes que integren el dret dels contractes. Com s'afirma en el primer apartat de l'article, la font principal dels efectes jurídics és la voluntat de les parts; únicament en defecte d'aquesta, entren en joc les normes que, especialment el CCCat, conté per regular els diferents tipus contractuals.

No cal dir explícitament, ja que es dedueix del contingut dels dos primers apartats d'aquest article, que les parts poden directament celebrar contractes atípics,

és a dir, contractes que no pertanyen a cap tipus contractual regulat per la llei; l'art. 1322.2CCI, en canvi, sí que fa una referència explícita en aquest sentit.

3. Integració del contracte (apartat tercer)

Aquest apartat distingeix entre el *contingut immediat i explícit* del contracte, és a dir, el que deriva del seu propi clausulat i de les normes imperatives i dispositives (les del seu tipus contractual) que li són aplicables, i el contingut que deriva de la *integració* del contracte, mitjançant el recurs a diferents criteris, com són la bona fe, l'ús i la llei.

En definitiva, els contractes no només obliguen a allò que expressament han pactat les parts, sinó que també cal tenir en compte que la bona fe i la honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat) poden imposar altres obligacions relacionades i que completen les obligacions específicament pactades. El dret anglosaxó també té una llarga tradició d'*implied terms* en els contractes (Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract*, 2003, pàg. 177 seg.). El Tribunal Suprem ha aplicat la integració del contracte d'acord amb la bona fe, per exemple, en les sentències de 28.6.2012 o 15.7.2013.

Hem mantingut la terminologia més tradicional i habitual entre nosaltres (així, art. 111-7 CCCat), i l'article fa referència a la integració per la bona fe. En comptes d'a la bona fe, altres codis fan referència a l'equitat (art. 1135 CCF i 1434 CCQ), o als requeriments del que és raonable i honrat (art. 6:248.1 CCPB: "requirements of reasonableness and fairness").

Algunes lleis concreten més els criteris d'integració; per exemple:

. L'art. 708.2 LEC estableix que quan el tribunal hagi d'emetre una declaració de voluntat en relació a elements no essencials del contracte, ho farà "conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico".

. L'art. 9 LCC estableix l'obligació de conrear "segons ús i costum de bon pagès ... encara que no hagi estat pactat expressament". Vegeu també, en aquesta línia, l'art. 11.1.c LCI. Aquests dos preceptes passen a ser els art. 623-9 i 625-9.c de l'APL6.

Subsecció segona: El contingut obligacional del contracte

Article 612-3: Determinació del contingut fonamental del contracte

1. El contingut fonamental del contracte ha d'estar determinat de manera clara i suficient, sense que calgui un nou acord de voluntats de les parts contractuals.
2. La implementació i execució dels efectes fonamentals del contracte no es pot deixar al mer arbitri d'un dels contractants.
3. Sens perjudici del que estableixen els apartats anteriors, les parts poden pactar que el preu o un altre element del contracte sigui determinat per tan sols una d'elles. En aquest cas, tret que el contracte estableixi una altra cosa, si l'elecció del preu o de l'altre element no és raonable, aquests podran ser substituïts per altres d'adequats a les circumstàncies del contracte.

CONCORDANCES

1115 i 1256 CCE, 1174 CCF, 85, 100 i 102 LGDCU, 1242 I 1277 PM, II.-2:401, II. 4:103, II.-9:105 i VIII.- 2:304 DCFR, 2:103 PECL.

COMENTARI

1. Determinació inicial del contingut essencial del contracte (apartat 1r)

La perfecció del contracte no requereix que tot el contingut de drets i obligacions estigui completament determinat, sinó que és suficient que existeixi un acord de les parts sobre els elements fonamentals del contracte, si la resta de contingut es pot determinar d'una altra manera, sigui per acords de voluntat posteriors o mitjançant la integració del contracte, d'acord amb els criteris descrits en els art. 612-2 612-4.

En definitiva, l'acord de voluntats sobre els *elements fonamentals* del contracte ha de ser únic, ja que és el que determina pròpiament l'existència mateixa del contracte. Aquesta idea és palesa en l'art. 1242.1 PM, on destaca que la perfecció del contracte depèn de dos factors: que les parts estiguin d'acord en els seus elements essencials i que *vulguin vincular-se ja*. Si això es compleix, resulta irrelevant que les parts hagin deixat algun punt pendent per a negociacions posteriors; òbviament, s'entén que es tracta d'algun punt secundari o no essencial.

Un contracte es pot modificar posteriorment, però aquest nou acord de voluntats, segons la seva extensió, constituirà un nou contracte, o bé es tractarà d'un supòsit de novació d'algunes de les obligacions del contracte, amb les seves regles específiques. No obstant això, el contingut del contracte sí que pot ser

determinable, sempre que els criteris de determinació siguin objectius i no depenguin de la voluntat dels contractants.

En canvi, no hi ha inconvenient que, com a principi, el *contingut secundari o no essencial* del contracte es pugui deixar a l'arbitri exclusiu d'un dels contractants; per exemple, decidir el dia concret pel lliurament de la cosa, o l'elecció del transportista. Lògicament, què és en cada cas contingut essencial o no, queda a l'arbitri i sentit comú de les parts contractants o, si escau, del jutge.

La distinció entre els elements essencials d'un contracte, o del negoci en general, i els no essencials és clara i útil en l'art. 708 LEC, que permet al jutge emetre, amb caràcter subsidiari, una declaració de voluntat quan la persona que ho havia de fer no ho fa. En concret, el jutge ho pot fer, és a dir, pot "tener por emitida la declaración de voluntad" si els elements essencials del negoci ja estaven predeterminats (art. 708.1 LEC). En canvi, si aquests elements essencials no estaven determinats, el jutge no pot suplir la voluntat reticent de l'obligat i l'única via - tret que finalment l'obligat accedeixi - és la condemna a la indemnització de danys i perjudicis (art. 708.2.2 LEC).

En canvi, si el que manca són elements *no essencials*, l'art. 708.2.1 LEC preveu un mecanisme d'integració del contracte, en assenyalar que *és el mateix jutge qui els pot determinar*, d'acord amb els criteris que siguin usuals en el mercat o en el tràfic jurídic.

2. El contracte no pot quedar a l'arbitri exclusiu d'un dels contractants (apartat 2n)

El segon apartat de l'article estableix que la implementació i execució dels efectes fonamentals del contracte no es pot deixar al mer arbitri d'un dels contractants. Aquesta norma es basa en l'argument clàssic que un contractant no pot estar alhora obligat i no obligat, que és el que resultaria si la implementació i execució dels efectes fonamentals del contracte es pogués deixar al mer arbitri d'un dels contractants. En efecte, fer dependre la vinculació de la mera voluntat d'una persona equival a no obligar-se a res.

Diferents articles acullen aquest principi i l'adapten a supòsits variats. Vegem uns exemples:

. Art. 1115 CCE i 1174 CCF, que es refereixen a la nul·litat de l'obligació sotmesa a condició potestativa per part de l'obligat.

. Art. 85 LGDCU, el títol del qual ja és prou explícit: "cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario".

. Art. 102 LGDCU, segons el qual el dret de desistiment només dura un termini de 14 dies. És a dir, durant aquest termini, el contracte queda a l'arbitri del consumidor; *després ja no*.

No s'ha de confondre aquest cas amb supòsits com els dels art. 1594 i 1733 CCE, en què un dels contractants pot desvincular-se unilateralment del contracte; es tracta de casos molt específics, com l'arrendament d'obra i el mandat, en els què sembla correcte donar la possibilitat de desvincular-se, però *indemnitzant* els perjudicis.

3. Determinació d'un element del contracte per una de les parts (apartat 3r)

La norma que acull el tercer apartat de l'article constitueix una evolució de la de l'apartat segon, que acabem de veure, i permet adaptar-la a situacions freqüents en la pràctica. En efecte, si bé el principi segons el qual l'execució dels efectes fonamentals del contracte no es pot deixar al mer arbitri d'un dels contractants és essencial en el concepte mateix del contracte, també és cert que, en la pràctica, les parts contractuals mateixes pacten que sigui només una d'elles la que determini determinats elements del contracte, fins i tot, per exemple, un element fonamental en la compravenda com és el preu. Això no és infreqüent, per exemple, en aquells casos en els què els contractants han mantingut relacions comercials continuades i, per tant, operen sobre una base de confiança que permet evitar la rigidesa de l'estructura contractual, que aquí es palesa en els dos primers apartats de l'article.

És per aquest motiu que la norma que recull aquest tercer apartat de l'article, inspirada en l'art. II.-9:105 DCFR, permet que les parts puguin pactar que el preu o un altre element del contracte sigui determinat per tan sols una d'elles. Per tal d'evitar possibles abusos, i tret que el mateix contracte estableixi una altra cosa, si l'elecció del preu o de l'altre element no és raonable, aquests podran ser substituïts per altres d'adequats a les circumstàncies del contracte.

Article 612-4: Integració del contracte per la publicitat i els usos

- 1. Si una de les parts és un empresari o un professional, resta obligat per la publicitat que hagi realitzat o la informació que hagi proporcionat ell mateix o qualsevol altra persona implicada en la cadena de comercialització, llevat que l'altra part no hagi confiat en la publicitat o la informació o no era raonable que hi confiés.*
- 2. Les parts resten també obligades pels usos a què s'hagin sotmès o pels que hagin establert elles mateixes en les seves relacions anteriors, així com, si és raonable, pels usos aplicables a persones de la mateixa condició.*

CONCORDANCES

61 LGDCU, Art. II.-1:104 i II.-9:101 DCFR, Art. 6:101 PECL, art. 1276 PM.

COMENTARI

1. Integració del contracte per la publicitat (apartat 1)

Encara que no s'hagi incorporat específicament al contracte, la publicitat realitzada per una de les parts, en particular quan és un empresari, la vincula, fins i tot encara que no l'hagi realitzat dita part de manera directa, ja que és evident que es beneficia de la campanya publicitària realitzada pel fabricant o altres persones intervinents en la cadena de comercialització. Una norma d'aquest tipus està prevista en la legislació de consum (art. 61 LGDCU), però és generalitzable, i se'n troben exemples diversos en la jurisprudència (per exemple, STS 12.6.2011).

2. Integració del contracte pels usos (apartat 2)

Les parts del contracte poden sotmetre's a determinats usos del sector econòmic concret en el què operen. Així mateix, en les seves relacions prèvies han pogut determinar una manera d'actuar concreta que pot servir per interpretar la seva conducta actual. En aquest sentit, la norma està relacionada en part amb l'art. 111-8 CCCat (la prohibició d'anar contra els propis actes) però té un abast molt més ampli, i pot servir, entre d'altres finalitats, per a atorgar determinat valor al silenci en funció de com les parts del contracte hagin actuat anteriorment.

Article 612-5: Contracte integrat per condicions generals

- 1. El contingut del contracte pot estar determinat de manera unilateral per una de les parts mitjançant clàusules o condicions generals formulades prèviament per a un nombre indeterminat de contractes.*

2. *La incorporació de les condicions generals al contracte només té lloc si aquestes compleixen els requisits que estableixen aquest Codi, el Codi de Consum de Catalunya i les altres lleis.*

3. *Les condicions generals han de ser admeses expressament per la part adherent i han de ser transparents, clares, concretes i senzilles.*

CONCORDANCES

6:231 CCPB, 1379 CCQ, 1341 i 1342 CCI, 2:209(3) PECL, II.-1:109 DCFR, 621.9 Pr2004, Art. 5 LCGC

COMENTARI

És útil que un codi civil contingui una norma d'aquest tipus, ja que el concepte mateix de condicions generals xoca amb el concepte més tradicional de contracte. És per això que la funció més important d'aquest article és *legitimar* l'existència de condicions generals, però sotmetent-les als requisits que pugui establir la legislació específica sobre aquesta matèria, el principal exponent de la qual seria el Codi de Consum de Catalunya.

En aquest mateixa línia conceptual, l'article també és útil per justificar l'admissió dels contractes d'adhesió. Així, un contracte d'adhesió és vàlid si està integrat per condicions generals, ja que aquestes han passat el filtre de licitud del Codi de Consum i les altres lleis aplicables; en cas contrari, caldrà veure si la declaració de voluntat de la part que s'ha adherit al contracte proposat, o més ben dit, imposat, és una declaració viciada per intimidació, etc..

Article 612-6: Clàusula abusiva

1. *Una clàusula contractual abusiva és nul·la i es té per no formulada.*

2. *Una clàusula contractual és abusiva quan, sigui o no condició general, no hagi estat negociada individualment i pel seu contingut, en relació amb la resta de clàusules del contracte, crea una situació de desigualtat i un desequilibri entre els drets i les obligacions de les parts contràries a la bona fe i a la honradesa en els tractes.*

CONCORDANCES

111-7 CCCat, 6:233 i 6:248.2 CCPB, 1437 CCQ, 621-10 PR2004, 4:110(1) PECL, II.-9:403 a II.-9:405 DCFR, Art. 8 LCGC.

COMENTARI

És important que un codi civil defineixi els trets generals de què s'entén per clàusula abusiva. Els detalls o els exemples poden quedar pel Codi de Consum de Catalunya o per altres lleis sectorials.

En l'àmbit d'un codi civil, cal destacar que la sanció a la clàusula abusiva no és la nul·litat (com estableix l'art. 1437 CCQ), sinó simplement que la clàusula no vincula les parts i, per tant, no és exigible, ja que no queda incorporada al contracte. En la pràctica, això equival a la nul·litat, però a nivell teòric permet introduir un matís important. En efecte, moltes clàusules, en sí mateixes, no són abusives; ho són perquè, d'acord amb les circumstàncies i la resta de clàusules del contracte, el resultat de la seva aplicació és inacceptable i contrari a la bona fe contractual.

Per exemple, l'anomenada "clàusula sòl" dels contractes de préstec hipotecari no és abusiva per sí mateixa, o considerada de manera aïllada; sí que ho és, en canvi, si en el contracte no hi ha una clàusula similar a favor de l'altra part contractant. En aquest cas, per tant, el caràcter abusiu de la clàusula ve marcat fonamentalment per la manca de reciprocitat.

Subsecció tercera. La causa del contracte

Article 612-7: Causa del contracte

- 1. L'acord de voluntats comprèn la funció jurídica i econòmica que hom pretén assolir amb el contracte.*
- 2. La causa del contracte es pot descriure amb la mera designació del tipus contractual que ha de determinar aquells efectes del contracte que les parts no hagin regulat expressament.*
- 3. Si la funció del contracte encaixa en dos o més tipus contractuals, les regles d'aquests s'apliquen de manera concurrent, en la mesura que siguin compatibles i s'ajustin a la finalitat perseguida per les parts.*

CONCORDANCES

405.2 CCP, 215 CCPB, II.-1:107 DCFR, 1238.3 i 4 PM, 621-4 Pr2004.

COMENTARI

1. Necessitat d'expressar la causa o funció del contracte

El contracte té una transcendència jurídica i econòmica molt important, ja que, com sabem, crea, modifica o extingeix obligacions i drets reals. La transcendència d'aquests efectes, no solament entre les parts, sinó també front a tercers, requereix que els canvis jurídics que genera el contracte estiguin perfectament explicats i que tinguin una configuració jurídica que garanteixi la seguretat jurídica i econòmica de tothom que hi entra en contacte.

Per exemple, observem les conductes següents de dues persones, A i B: A lliura un gos de caça a B, i B lliura 300 € a A. Davant d'aquests dos fets no tenim cap informació sobre les intencions d'A i de B, ni sobre l'abast econòmic, jurídic i social que pretenen amb les seves conductes. Com aquests actes poden tenir repercussions no solament entre els mateixos A i B (per exemple, què passa si el gos està malalt), sinó també de cara a tercers (així, què passa si B tenia deutes contrets abans de pagar els 300 €), cal aclarir quina és la configuració jurídica i econòmica d'aquestes actuacions d'A i B.

Hi ha diferents possibilitats, i totes admeten matisos i combinacions.

Per exemple, una primera possibilitat és que els actes d'A i B siguin totalment independents l'un de l'altra. En aquest cas, estem davant dues donacions. Malgrat l'aparença, no hi ha cap relació, dependència ni reciprocitat entre l'una i l'altra; per exemple, A dóna el gos perquè li fa nosa i B dóna els diners a A com a regal de casament.

Una altra possibilitat és que els actes d'A i B estiguin vinculats, en el sentit que l'un existeix perquè l'altra també existeix; en l'exemple, A lliura el gos perquè, a canvi, B lliura els diners, i viceversa. Tot i ser útil i aclaridora, aquesta explicació encara resulta insuficient; és útil perquè ara ja sabem que estem davant d'un contracte, però és insuficient perquè encara no sabem de *quin tipus* de contracte es tracta. En efecte, el lliurament d'una cosa a canvi d'uns diners respon tant a l'estructura de la compravenda com a la de l'arrendament. Cal, en conseqüència, fer un pas més enllà i demanar-se *per què* es produeix aquest intercanvi de prestacions, és a dir, quina és la finalitat jurídica, econòmica i social que A i B pretenen amb la celebració del contracte. Així, si A pretén transmetre la propietat del gos a B, a canvi d'adquirir la propietat dels diners, direm que estem davant d'un contracte de

compravenda. En canvi, si el que A pretén no és transmetre la propietat, sinó tan sols cedir l'ús del gos de manera temporal, a canvi de l'adquisició, en aquest cas també definitiva, dels diners, direm que es tracta d'un contracte d'arrendament.

En conclusió, podem definir la *causa o funció* del contracte com la finalitat jurídica, econòmica i social que hom pretén amb la celebració d'aquest negoci jurídic. Per tant, la funció forma part del contracte, ja que determina i explica el conjunt de regles que en formen el contingut i que s'han d'aplicar per tal d'assolir els objectius jurídics, econòmics i socials que les parts pretenen amb el contracte.

En aquesta línia, veiem que la utilitat de la causa o funció és estructurar el contingut de les declaracions de voluntat del contracte, el que, en definitiva, pot comportar l'establiment de determinats límits a l'autonomia de la voluntat, Per exemple:

1r. Les parts no són absolutament lliures de triar el tipus contractual. Així, la custòdia d'un immoble no es pot qualificar com a contracte de dipòsit, ja que l'art. 1761 CCE estableix que el dipòsit només pot recaure sobre béns mobles.

2n. Un determinat tipus de causa pot comportar l'aplicació, ni que sigui per analogia, de determinades normes. Per exemple, les regles del sanejament són regles pròpies de la causa onerosa, i les de la inoficiositat ho són de la causa gratuïta.

2. Funció i tipus contractual

La causa o funció té un sentit purament *objectiu*. Serveix per mirar d'encabir el projecte jurídic i econòmic que pretenen les parts del negoci en algun dels models que la llei preveu (donació, compravenda, arrendament, dipòsit, etc.), cas en el que parlarem d'un *negoci típic*. Si aquest encaix no és possible, perquè no hi ha un model previst, però el que les parts pretenen no conté cap element que contradigui una norma imperativa, estarem davant d'un *negoci atípic*.

S'entén que la funció o finalitat és *lícita*. No cal dir-ho explícitament, ja que si es tracta d'un negoci típic, és evident que la seva finalitat, en tant que admesa i regulada per la llei, serà necessàriament lícita. En canvi, un contracte atípic pot perseguir una finalitat il·lícita, però en aquest cas el negoci és *nul*, ja que es tracta d'un acte contrari a la llei (art. 6.3 CCE).

La formulació de l'article dóna prevalença al contingut explícitament pactat, de manera que, en cas de discrepància entre aquest contingut i el tipus contractual amb

el que les parts han qualificat el contracte, preval el contingut real pactat. Per exemple, si les parts pacten un contingut propi del comodat, però descriuen el contracte com un dipòsit, el contracte serà un comodat.

De la redacció de l'article es dedueix clarament que la causa objectiva o funció *sempre s'ha d'expressar*, de manera que és *nul* el contracte que no en conté una descripció (o, com a mínim, que no es pugui deduir per la interpretació). No s'admet, per tant, el contracte abstracte, com, per exemple, que les parts acorden transmetre la propietat d'una finca, sense més detalls pel que fa al contingut jurídic de la seva relació. Això no s'ajusta a la nostra tradició jurídica i crearia inseguretats jurídica.

3. No es fa referència a la causa subjectiva, o motius

L'article no fa referència a la causa en sentit subjectiu, és a dir, als motius que han impel·lit les parts a celebrar el contracte. Si les parts en el contracte volen donar rellevància als simples motius, els poden "causalitzar" introduint-los explícitament en l'estructura del contracte (per exemple, mitjançant una condició), o simplement expressant en el contracte la finalitat que es pretén. Aquest és el cas de l'art. 1494.2 CCE, que es refereix a la nul·litat del contracte de venda d'animals o de bestiar "si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo". La nul·litat d'aquest contracte es justifica per la frustració dels motius que han dut a contractar i que consten explícitament en el contracte, el que comporta la manca de causa en sentit subjectiu, elevada a element essencial d'aquell contracte.

En realitat, la única rellevància que poden tenir els motius és que siguin il·lícits, i si és així les normes generals (art. 6.3 CC) ja estableixen que l'acte al que es vinculen és un acte nul, tant si es tracta d'un contracte com de qualsevol altre acte jurídic (per exemple, la donació que es fa per premiar la comissió d'un crim). Per tant, no cal fer una referència a la causa subjectiva o motius en la regulació del contracte.

Tot i així, algun codi civil fa referència explícita als motius. Aquest és el cas del Codi Civil del Quebec, que defineix la causa del contracte en un sentit estrictament subjectiu, com "la raó que determina cadascuna de les parts a concloure-l" (art. 1410.1CCQ), si bé afegeix que no cal que aquesta causa sigui expressada (art. 1410.2 CCQ). L'únic efecte jurídic que aquest codi estableix en

relació amb la causa és la nul·litat del contracte quan la causa està prohibida per la llei o és contrària a l'ordre públic (art. 1411 CCQ).

Altres codis també es refereixen als motius, si són il·lícits. Aquest és el cas del CC espanyol: la "causa falsa" de l'art. 1301 CCE, que es refereix a la incorporació dels motius al negoci, es relaciona amb la causa il·lícita dels art. 1305 i 1306 CCE, que possibilita la impugnació del negoci. El CC italià també fa referència explícita al motiu il·lícit en el seu art. 1345 CCI.

Subsecció quarta. La forma del contracte

Article 612-8: Forma

- 1. La validesa del contracte no depèn de cap requisit de forma.*
- 2. No obstant el que s'estableix en l'apartat anterior, la llei i els contractants poden establir requisits de forma, amb els efectes que en cada cas es determinin. En aquests casos, els contractants es poden compel·lir recíprocament a complir la forma exigida.*
- 3. La possibilitat d'inscriure el contracte en un registre públic permet també als contractants compel·lir-se recíprocament a complir la forma requerida per la inscripció.*
- 4. La forma requerida en un contracte ha de ser observada també en qualsevol modificació que posteriorment s'hi faci, tret que es tracti de la modificació de simples estipulacions accessòries.*

CONCORDANCES

1278 a 1280 CCE, 18 CDFN, 1385 i 1414 CCQ, 219 a 223 CCP, 1350 i 1352 CCI, 621-16 Pr2004, 1239 a 1241 PM, II.-1:106(1)DCFR, 2:101(2) PECL.

COMENTARI

1. El principi de llibertat de forma

Aquest article palesa el principi de llibertat de forma en els contractes, fins i tot portat a la seva màxima expressió i amb la màxima claredat i contundència. Per tant, com a principi la forma no és un element essencial del contracte de manera que aquest és vàlid i plenament eficaç sigui el que sigui el mitjà d'exteriorització de la voluntat.

No és útil i limita l'autonomia de la voluntat fer enumeracions de contractes en els que les parts es poden compel·lir a l'atorgament per escrit o en escriptura pública, fins i tot establint quanties mínimes a partir de les quals ho poden fer (així, art. 1280.2 CCE i 1240.3 PM). L'argument és que les parts ja arribaran "de forma natural" a un acord sobre la forma que volen donar al contracte, igual que arriben a un acord sobre el preu i les altres condicions del mateix.

Per tant, la forma del contracte és la següent:

1r. La que les parts acordin, de manera expressa o tàcita; per exemple, les parts poden redactar específicament un contracte de compravenda, o poden conformar-se amb un rebut que el venedor estén, en el que reconeix haver cobrat el preu d'un determinat objecte.

2n. La forma que la llei exigeixi en determinats casos que el legislador considera mereixedors de tenir garantits un determinat nivell de seguretat jurídica, que s'entén assolit pel compliment d'una forma determinada.

Per exemple, el contracte d'integració s'ha de formalitzar per escrit i segons un model homologat (art. 4.1 LCI) i el censal s'ha de constituir en escriptura pública (art. 5 LPP). Així mateix, els contractes pels quals es constitueixen determinats drets reals ha de constar "necessàriament" en escriptura pública, com en els casos del cens i de l'anticresi (art. 565-4 i 569-24.2 CCCat, respectivament). En canvi, altres drets reals es poden constituir únicament amb el requisit de l'escriptura, com és el cas dels drets d'aprofitament parcial, que s'han de constituir "necessàriament per escrit", si bé, com és obvi, el dret "només es pot oposar davant de terceres persones si consta en una escriptura pública i s'inscriu en el Registre de la Propietat" (art. 563-2.2 CCCat). La constitució d'altres drets reals, en canvi, no està subjecta a cap requisit de forma, com en el cas de les servituds (l'art. 566-2.1 CCCat únicament exigeix que es constitueixin "per títol").

2. La compulsió al compliment de la forma requerida (apartat segon)

El principi de llibertat de forma no exclou que els contractants o la llei puguin establir requisits de forma, amb els efectes que en cada cas es determinin; la primera conseqüència d'això és que els contractants es poden compel·lir recíprocament a complir la forma exigida (apartat segon de l'article).

Els supòsits de fet i les seves conseqüències jurídiques poden ser molt variats; per exemple:

. Els contractants celebren el contracte en document privat, i en ell acorden que, en el termini de dos mesos, l'elevaran a escriptura pública. El contracte ja existeix inicialment, i el que fa l'escriptura pública és documentar la celebració d'un contracte anterior.

. Els contractants arriben a un acord, que manifesten en document privat, en el que s'obliguen a formular el mateix acord en escriptura pública en un termini de dos mesos, moment en el qual l'acord serà vinculant. En aquest cas, el primer acord és un precontracte i el segon, documentat en escriptura pública, el contracte. En aquest cas, la forma triada seria requisit de validesa del contracte (en aquest sentit, vegeu l'art. 1352 CCI).

. De vegades és la mateixa llei la que dóna la resposta, com en el cas del contracte que duu a la constitució del dret real d'hipoteca. En efecte, la hipoteca es constitueix normalment per contracte, i enlloc se n'exigeix cap requisit de forma (art. 1857 i 1874 CCE); ara bé, fins que aquest contracte no es documenti en escriptura pública no es produirà l'efecte de la creació del dret real d'hipoteca, que culminarà amb la inscripció del contracte en el Registre de la Propietat (art. 145 LH). En definitiva, en un contracte d'hipoteca les parts es poden compel·lir a l'atorgament d'escriptura pública, ja que si no es compleix aquest requisit de forma no es poden assolir els objectius perseguits per la celebració del contracte.

3. Forma necessària per la inscripció en un registre públic (apartat tercer)

La possibilitat d'inscriure el contracte en un registre públic ha de permetre als contractants exigir-se recíprocament l'atorgament de la forma necessària per la inscripció, ja que, en cas contrari, perjudicaria el correcte exercici dels drets derivats del contracte (cfr. art. 3 LH i 33 RH). Aquest argument, portat a l'extrem, és el que possibilita la immatriculació forçosa en el Registre de la Propietat (art. 7.2 LH i 312 RH).

4. Forma de les modificacions posteriors del contracte (apartat quart)

L'apartat tercer de l'article estableix que la forma requerida en un contracte hagi de ser observada també en qualsevol modificació que posteriorment s'hi faci, tret que es tracti de la modificació de simples estipulacions accessòries.

Aquest argument prové de l'art. 1414 CCQ; també es troba, si bé de manera força complicada i restrictiva, en l'art. 1241 PM.

Aquesta norma és útil, ja que dóna viabilitat i seguretat jurídiques a modificacions de poca importància, per les que seria antieconòmic exigir que constessin en escriptura pública, per exemple, igual que el contracte inicial.

Subsecció cinquena. La condició i el termini

Article 612-9: La condició

- 1. Les parts poden sotmetre l'eficàcia del contracte o d'alguna estipulació del contracte a una condició suspensiva o resolutòria.*
- 2. Les condicions suspensives il·lícites i les contràries als bons costums determinen la nul·litat del contracte. Les condicions resolutòries il·lícites i les contràries als bons costums es tenen per no formulades. La condició impossible es té sempre per no formulada.*
- 3. Pendent la condició suspensiva, les parts poden realitzar actes adreçats a la conservació i defensa dels seus drets.*
- 4. Es pot reclamar la restitució del pagament realitzat mentre la condició suspensiva està pendent.*
- 5. La condició no impedeix transmetre els drets de les parts, però els efectes de la transmissió queden supeditats al tipus de condició de què es tracti.*
- 6. S'entén que s'ha complert la condició si la persona interessada en el compliment impedeix per actes propis que es pugui complir i s'entén que s'ha incomplert si en força el compliment de mala fe.*
- 7. Les parts en el contracte tenen dret als fruits i les rendes dels béns que es transmeten mentre la condició suspensiva està pendent de compliment. Si la condició és resolutòria, els fruits i les rendes pertanyen a les parts fins al compliment de la condició.*
- 8. Es considera incomplerta la condició si no es compleix dins del termini acordat o el que raonablement resulti de la naturalesa i les circumstàncies del contracte.*

CONCORDANCES

Apartat 1: art. 1353 CC It (condició), § 158 BGB, art. 1113 CC Esp, art. 1110 PMCC.

Apartat 2: art. 1354 CC It, art. 1116 CC Esp, art. 1499 CCQ, art. 1112 PMCC.

Apartat 3: art. 1356 i 1361 CC It, art. 1121.I CC Esp, art. 1504 CCQ, art. 1115.1 PMCC; § 160 BGB.

Apartat 4: art. 1115.3 PMCC.

Apartat 5: art. 1357 CC It, art. 1505 CCQ; art. 1115.4 PMCC.

Apartat 6: § 162 BGB, art. 1119 CC Esp, art. 1114 PMCC.

Apartat 7: art 531-16.1 i 2 CCCat.

Apartat 8: art. 1118 CC Esp.

COMENTARI

Alguns codis (per ex., CCE, PM, CCQ, CCF) inclouen la condició i el termini en la part general d'obligacions, ja que és un tema transversal i no afecta només al contracte; d'altres en el contracte o en el negoci jurídic (per ex., BGB, CCI, CCP). El fet que el CCCat no té, de moment, teoria general de l'obligació, i la regulació extensa de la condició i el termini en el Llibre IV en matèria de successions, aconsella incloure en la teoria general del contracte preceptes que ofereixin unes regles bàsiques.

1. La condició i el termini

Una relació obligatòria es pot sotmetre a contracte i a condició. El CCCat regula la condició i el termini en la successió, regulació que proporciona una base per als contractes. Quan es tracta de les relacions que naixen d'un contracte, totes o només algunes poden resultar afectades pel termini i la condició.

Quan se sotmet a condició suspensiva, l'adquisició de drets depèn que es compleixi la condició. El creditor només té un dret eventual, que tanmateix gaudeix de protecció, ja que d'acord amb l'art. 1121 CC Esp pot exercir accions per a conservar el seu dret, i el deutor suporta el deure de no obstaculitzar el compliment (art. 1119 CC Esp). Però com aquest dret encara no existeix, el pagament fet *pendente conditione* es pot repetir (art. 1121.2 CC Esp). Les parts en el contracte no perden llurs facultats dispositives, però la sort de l'alienació depèn del compliment o incompliment de la condició. Un cop es compleix la condició, la relació obligatòria assoleix tota la seva eficàcia (purificació de la condició). La majoria d'ordenaments jurídics discuteixen si el compliment de la condició té o no, sempre o segons els casos, efectes retroactius; aquesta és una qüestió teòrica que s'acaba per resoldre

casuísticament atenent a les circumstàncies de cada cas, i que a més les parts poden configurar en exercici de la seva llibertat civil.

Si la condició és resolutòria, el contracte produeix tots els seus efectes fins al compliment de l'obligació. L'abast de la resolució també depèn dels pactes i de les circumstàncies de cada cas.

Igualment, la relació obligatòria pot estar sotmesa a termini, amb eficàcia suspensiva o resolutòria. El CC Esp contempla el termini com a benefici, en principi per a ambdues parts, de manera que ni una pot complir ni l'altra pot exigir el compliment anticipadament; però altres ordenaments jurídics preveuen solucions distintes. Malgrat el termini, el dret o l'obligació ja existeix, per la qual cosa el pagament anticipat mai és indegut (art. 1126.1, i només es podrà reclamar si s'ha pagat amb error els interessos o els fruits que hauria percebut). Ja que el termini s'entén com a benefici, l'art. 1129 CC Esp contempla alguns casos de venciment anticipat: la insolvència del deutor, llevat que garanteixi el pagament; no constituir les garanties acordades; i la disminució de les garanties per actes propis.

2. Modalitats de condició

L'apartat primer té com a objectiu, en una línia comuna als codis més propers, d'assenyalar que les parts poden sotmetre a condició suspensiva o resolutòria l'eficàcia de tot el contracte o de només alguna de les obligacions que en resulten. El CCCat, als art. 423-12 i seg., ja conté la regulació de la condició en els negocis jurídics testamentaris, que coincideix substancialment amb la que es proposa aquí.

L'apartat 2 repeteix la fórmula de l'art. 423-16 CCCat quant a les condicions impossibles i la de l'art. 423-17 quant a les condicions il·lícites, atorgant igual tracte a les contràries als bon costums, entenent que no cal en seu de contractes distingir si la condició ha estat determinant.

Mentre no es compleix la condició suspensiva, el dret no existeix i no és, per consegüent, plenament efectiu. No obstant, la condició pot complir-se i néixer el dret, per la qual cosa es lògic que es reconegui la facultat de conservar i protegir l'expectativa. La finalitat de la norma és similar a la de l'art. 423-14 CCCat, que permet a l'hereu condicional possessionar-se provisionalment de l'herència i administrar-la amb idèntic propòsit conservatiu.

L'apartat 4 fa palès que, atès que mentre està pendent la condició suspensiva no ha nascut encara el dret, si es compleix per error l'obligació, es pot reclamar la restitució del pagament realitzat.

L'aposió d'una condició no és cap obstacle per a la transmissió de la posició jurídica, per bé que la transmissió no modifica el règim jurídic condicional.

Una norma com la de l'apartat 6 aquesta ja està prevista a l'art. 423-15.3 CCCat en l'àmbit successori, i ara es preveu per als contractes. No es tracta sinó d'una concreció del principi de bona fe (art. 111-7 CCCat), ja que impedir que es compleixi o forçar el compliment de la condició no és un comportament honest.

L'apartat 7 tracta de generalitzar per als contractes transmissius la norma que l'art. 531-16, apartats 1 i 2, preveuen per a la donació condicional.

Amb l'apartat 8 es pretén portar al dret de contractes general la norma prevista a l'art. 423.15.2 CCCat per a les successions. Si les parts no han fixat un termini en el qual s'ha de complir o incomplir la condició, la incertesa no es pot perpetuar, i per això cal entendre que l'incompliment és definitiu si ha transcorregut un temps raonable, ateses les circumstàncies de cada i cas i la naturalesa del contracte. No es fixa cap termini supletori, a diferència de les successions, on el termini es pot allargar fins al 30 anys, per la major celeritat que requereix la resolució de la situació en l'àmbit contractual.

Article 612-10: El termini

- 1. Les parts poden fixar un termini per al compliment del contracte o d'alguna de les obligacions que en resultin amb eficàcia suspensiva o resolutòria.*
- 2. El termini incert implica condició.*
- 3. No es pot repetir allò que s'ha pagat sense error abans que arribi el termini fixat.*

CONCORDANCES

Art. 423-12.1 CCCat quan esmenta els terminis suspensiu i resolutori. Art. 423-13.2, art. 1125.2 y 3 CC Esp, art. 1497 CCQ. Art. 1126 CC Esp, art. 1513 CCQ, art. 1118 PMCC.

COMENTARI

L'apartat 1 es limita a assenyalar els dos tipus de terminis, suspensiu i resolutori, tot generalitzant el que l'art. 423-12 CCCat preveu per al testament.

A continuació, l'apartat 2 generalitza per al dret contractual la previsió que es conté a l'art. 423-13 CCCat. La condició ve determinada per la incertesa del fet futur mentre que en el termini el dia futur que influeix en l'eficàcia no té aquesta nota d'incertesa.

Finalment, l'apartat 3 és una conseqüència del que s'acaba de dir sobre la manca d'incertesa del termini: atès que l'obligació s'haurà de complir, el pagament anticipat no és indegut i, en conseqüència, no es pot repetir,

Subsecció sisena. L'adaptació del contracte

Article 612-11: Canvi en les circumstàncies essencials del contracte

1. Les parts han de complir les obligacions derivades del contracte encara que el seu compliment esdevingui més oneros.

2. No obstant el que disposa l'apartat anterior, si com a conseqüència d'un canvi en les circumstàncies essencials que van tenir en compte les parts en concloure el contracte la prestació d'una part esdevé excessivament onerosa, per una causa imprevista i sense que cap de les parts n'assumís el risc, els contractants, i en el seu defecte l'autoritat judicial, han de modificar el contracte a fi de restablir un equilibri raonable entre les respectives posicions jurídiques.

3. Si l'adaptació del contracte no és possible, el contractant perjudicat pot resoldre el contracte i, si escau, reclamar una indemnització de danys i perjudicis si l'actuació de l'altra part ha estat contrària a la bona fe i a l'honradesa en els tractes.

CONCORDANCES

§ 313 BGB, art. 1467 CC It, art. 6:111 PECL, art. III.-1:110 DCFR, art. 6.2.1. a 6.2.3 Unidroit PICC, art. 1213 PMCC.

COMENTARI

És evident que les parts, en exercici de la seva autonomia de la voluntat, poden procedir de comú acord a modificar el contracte. No és, però, d'aquesta modificació de la que cal ocupar-se, sinó de la derivada d'una alteració substancial i

sobrevinguda de les circumstàncies concurrents i tingudes en compte a l'hora de celebrar el contracte. Pensem en supòsits de tensions inflacionistes, de guerres o altres catàstrofes que provoquen l'escassetat d'un determinat producte i en disparen el preu. Òbviament, l'anàlisi de la possible repercussió d'aquest canvi de circumstàncies en la vida del contracte pressuposa que les parts no han previst mecanismes d'adequació automàtica del contracte (per exemple, clàusules d'estabilització suficients, condicions resolutòries, etc.).

En principi, el CCE no sembla favorable a una modificació del contracte basada en alteracions sobrevingudes: l'art. 1091 estableix el principi *pacta sunt servanda* (el contracte, llei entre les parts), impedeix el lliure desistiment d'un dels contractants (art. 1256), no s'estableix la necessitat d'un equilibri entre les respectives prestacions des del moment que exclou la possibilitat de rescissió per lesió i es consagra el principi nominalista en els deutes dineraris. De manera que, en principi, es podria afirmar que si les parts no han establert un marc de previsió, han d'assumir el risc de les alteracions sobrevingudes de les circumstàncies en què van contractar.

No obstant això, la preocupació per les conseqüències que es deriven de canvis sobtats i imprevistos en les circumstàncies ha estat present en tots els ordenaments al llarg de la història jurídica, a fi d'evitar un resultat que atempten contra la idea comuna de justícia. De les distintes teories que al llarg del temps s'han formulat, a Espanya va trobar acollida la doctrina de la clàusula *rebus sic stantibus* (estant així les coses), segons la qual s'entén implícita la voluntat de les parts en els contractes duradors la subordinació de la subsistència del contracte al manteniment inalterat de les circumstàncies concurrents en el moment de celebrar-se el contracte. El Tribunal Suprem ha estat sensible a aquestes doctrines, i a partir del final de la guerra civil, ha anat assentant un cos doctrinal que es pot sistematitzar de la següent manera (tot i que difícilment l'acaba per aplicar, ja que és força restrictiu en la seva apreciació) quant als requisits que exigeix (i que han de concórrer tots) (STS 5.4.2006):

-una alteració completament extraordinària de les circumstàncies objectives en el moment del compliment del contracte en relació al moment de la seva celebració, sense tenir en compte les alteracions personals (malalties greus, per exemple; STS 4.2.1995); això només és possible quan es tracta de contractes duradors en el temps l'execució dels quals no s'ha completat;

-una desproporció exorbitant entre les respectives prestacions que no van poder calcular les parts, que trenqui l'equilibri entre aquestes prestacions;

-que, com destaca la STS 27.11.2013, es degui a l'aparició de circumstàncies sobrevingudes radicalment imprevisibles (no ho és la simple alteració del preu de salaris o de materials);

-que manqui qualsevol altre mecanisme per evitar el perjudici

Pel que fa als efectes de la clàusula *rebus sic stantibus*, la STS 12.11.2004 ha negat l'admissibilitat d'efectes extintius, rescissoris o resolutoris, i només li atorga eficàcia modificativa tendent a compensar or establir l'equilibri entre les respectives prestacions.

Els codis civils més moderns i les propostes harmonitzadores europees preveuen una norma que excepcionalment faculti les parts, i en el seu defecte l'autoritat judicial, perquè adaptin el contracte a les noves circumstàncies imprevistes que alteren l'economia del contracte en perjudici d'una part, sempre que la part perjudicada no hagués assumit tal risc. La jurisprudència espanyola més recent admet menys restrictivament aquesta figura sota la denominació "clàusula rebus sic stantibus" (STS 30.6.2014: "el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula rebus sic stantibus ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)."

L'article pressuposa que les parts tenen la càrrega de renegociar el contracte a fi de restablir l'equilibri econòmic del mateix. La primera mesura no és, doncs, l'extinció del contracte, sinó la renegociació; en aquest sentit, no s'ha d'oblidar la importància que la jurisprudència més recent del TS dóna a la conservació del contracte (STS 11.3.2014, 28.6.2013). Si una de les parts actua de manera contrària a la bona fe per impedir l'adaptació del contracte, la part perjudicada pot instar la resolució i el jutge pot fixar una indemnització de danys i perjudicis.

Subsecció setena. Els subjectes de l'eficàcia del contracte

Article 612-12: Relativitat

El contracte només vincula les parts contractants i els seus hereus, llevat que els drets i obligacions que en deriven no siguin transmissibles, sia per la seva naturalesa, per pacte o per disposició de la llei.

CONCORDANCES

1257.1 CCE, 411-1 CCCat, 1165 CCF, 1372 CCI, 1440, 1441 i 1443 CCQ, 6:249 CCPB, 1244 PM, 621-11 i 621-12.2 Pr2004, II.-1:103 DCFR.

COMENTARI

Aquest article reconeix, d'entrada, el lligam que el contracte crea entre les parts, i només entre ells, sense afectar, en principi, a tercers; és una manifestació més dels principis de vinculació ("el contracte és llei entre els contractants") i d'eficàcia relativa del contracte, limitada a les parts.

S'utilitza el terme "vinculació", en comptes de dir que el contracte només "produeix efectes" entre les parts i els seus hereus -com es fa en altres codis-, ja que és molt més precís. En efecte, *vinculats* pel contracte només ho són les parts i, en el nostre sistema, els hereus, com palesa l'art. 411-1 CCCat. En canvi, els *efectes* del contracte -tots o només alguns- es refereixen, a més a més d'a les parts, als tercers. És a dir, els tercers es poden veure afectats pel contracte (per exemple, poden exigir el compliment de determinades obligacions), però *no formen part de l'estructura contractual*, és a dir, *no queden vinculats* pel contracte.

Article 612-13: El contracte a favor de tercer

1. *El contracte pot atorgar un dret a favor d'un tercer beneficiari.*
2. *En el contracte, la part que ha de realitzar la prestació a favor del tercer rep el nom de promitent; l'altra, el d'estipulant. Totes les parts en el contracte poden ser, alhora, promitents i estipulants.*
3. *El tercer beneficiari pot exigir al promitent l'execució d'allò promès, bé inicialment o bé en el moment en què es compleix el supòsit de fet.*
4. *Si un contracte atorga el compliment de prestacions a favor d'un conjunt indeterminat de persones o d'una finalitat d'interès general, el dret a exigir al promitent l'execució d'allò promès correspon:*
 - a) *A les persones que els contractants hagin designat amb aquesta finalitat.*
 - b) *En el cas de les prestacions a favor d'una finalitat d'interès general, als òrgans administratius corresponents, a les entitats assistencials i a les fundacions i associacions interessades.*
5. *Llevat que l'atribució del dret al tercer beneficiari s'hagi configurat amb caràcter personalíssim, els seus hereus poden acceptar l'atribució.*
6. *El promitent pot oposar al tercer beneficiari totes les excepcions derivades del contracte, però no les que tinguin el seu origen en altres relacions amb l'estipulant.*

CONCORDANCES

Arts. 1257.2 CCE, 1121 CCF, 406, 443 a 445 i 447 a 449 CCP, 1444 a 1450 CCQ6:253, 6:254.2 i 6:255.1 CCPB, 1411 i 1413 CCI, 308 BGB, 428-5CCCat, Ley 523 CDCFN, II.-9:301 i II.-9:302 DCFR, 6:110 PECL, 1294 PM, 621-12.3 Pr2004.

COMENTARI

1. Presentació de la figura (apartat 1r)

Si bé els contractes només obliguen les parts i els seus hereus, res no impedeix que amb el contracte les parts vulguin beneficiar una tercera persona, mitjançant la prestació que una de les parts, el promitent, promet realitzar a favor d'ella. L'article estableix que el dret a reclamar la prestació neix amb la perfecció del contracte o quan es compleix el supòsit de fet previst (per exemple, en

l'assegurança de vida, la mort de l'estipulant). La redacció de l'article és prou flexible, de manera que és admissible que tot el contracte sigui a favor de tercer com només alguna de les prestacions a què s'obliga el promitent. Ambdues modalitats són reconegudes per la jurisprudència (STS 20.3.2012: "se ha venido definiendo el contrato con estipulación a favor de tercero como el que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que no ha tomado parte en su conclusión, lo que no es exactamente asimilable "a un contrato con estipulación a favor de tercero en el que entre estipulante y promitente se conviene una prestación a favor del tercero que confiere a este, en el supuesto de que haya aceptado (lo que puede haberse realizado expresa o tácitamente) un derecho a exigir la prestación convenida"").

A banda de la definició, com la que s'inclou en el primer apartat de l'article que proposem, els codis civils o lleis específiques utilitzen amb freqüència, de manera explícita, el concepte de contracte a favor de tercer. Per exemple:

- . Assegurança de vida a favor d'un tercer (art. 1920 CCI).
- . La renda vitalícia constituïda a favor d'un tercer (art. 13 LPP, 1802 CCE i 1875 CCI).
- . El dipòsit de la cosa pignorada en mans d'un tercer (art. 1773CCI).

2. Persones que intervenen (apartats 2 i 3)

En els apartats segon i tercer de l'article s'identifiquen i anomenen les persones que intervenen en la relació jurídica i es descriu el paper que cadascuna d'elles té.

Els subjectes que intervenen són tres: el promitent, que s'obliga a realitzar la prestació; l'estipulant, aquell amb qui s'obliga el promitent a realitzar la prestació; i el beneficiari, que és qui té dret a la prestació. Promitent i estipulant són les parts en el contracte.

Les definicions o, més aviat, descripcions de les parts que intervenen són útils, ja que faciliten la lectura i la intel·ligibilitat dels paràgrafs següents. L'art. 441.3 CCP també inclou definicions de les parts que intervenen en les relacions que sorgeixen del contracte a favor d'un tercer.

Aquesta tècnica legislativa, d'identificar i anomenar les parts que intervenen en una relació jurídica, no és infreqüent en el nostre ordenament; s'utilitza també en

el cens, per distingir el censatari i el censalista (art. 565-1.2 CCCat) i en l'arrendament (art. 1546 CC).

3. Contracte a favor d'un conjunt indeterminat de persones o d'una finalitat d'interès general (apartat 4t)

Per la seva finalitat, aquesta modalitat de contracte a favor de tercers és similar al *mode* del dret de successions. Per aquest motiu, es procura que hi hagi la màxima homogeneïtat amb la terminologia i els criteris de l'art. 428-2 CCCat.

En l'incís inicial es parla del "compliment de prestacions", ja que no es pot parlar d'un *dret* a favor de conjunts de persones, o de finalitats d'interès general.

4. Acceptació i revocació (apartats 5 i 6)

Com que ningú no adquireix cap dret sense la seva voluntat, cal que el beneficiari accepti l'estipulació que es fa al seu favor. És per això que, en principi, mentre no concorre l'acceptació de la tercera persona, l'estipulant és lliure de revocar l'estipulació a favor del tercer. Tot i així, quan el beneficiari només pot exigir al promitent l'execució d'allò promès quan s'ha produït un determinat supòsit de fet (com, per exemple, la mort de l'estipulant), la revocació ja no es podrà produir amb posterioritat a aquest fet, encara que el beneficiari no hagi acceptat.

L'acceptació del tercer beneficiari és un element aliè al contracte, i té un paper semblant al de l'acceptació en la donació: adquirir la titularitat del dret i convertir l'atribució en irrevocable (cfr. art. 531-7 i 531-8 CCCat).

Que l'acceptació del beneficiari sigui un element aliè al contracte entre el promitent i l'estipulant és una característica institucional o definidora del contracte a favor de tercer; en cas contrari, és a dir, si la declaració de voluntat del tercer formés part de l'estructura contractual, tindríem un contracte amb tres parts contractants, i no un contracte a favor de tercer.

Article 612-14. El contracte per a persona a designar

- 1. En el contracte una de les parts es pot reservar la facultat de designar la persona que esdevindrà el contractant definitiu.*
- 2. La designació s'ha de comunicar a l'altra part contractant amb l'acceptació de la persona designada.*

3. Si la designació no es realitza en el termini acordat o, en el seu defecte, en un termini raonable, el contracte produeix els seus efectes entre les parts originàries.

CONCORDANCES

Art. 1401 i seg. CC It, art. 1445 CCQ, art. 1295 PMCC.

COMENTARI

La jurisprudència ha acceptat el contracte a favor de persona que encara no s'ha designat en el moment de la seva perfecció (STS 2.6.2009, per exemple). Significa que el contracte resta perfeccionat entre les parts que l'acorden però una es reserva la facultat de designar una altra persona com a part definitiva en el contracte. La designació s'ha de realitzar en el termini fixat per les parts o, si no ho han estipulat, en un termini raonable. Cal comunicar a la part que es mantindrà la identitat de la nova part i que aquesta ha acceptat integrar-se com a part contractual. Si la tercera persona no accepta, el contracte roman entre els contractants originaris.

Article 612-15: Transmissió de la posició de part contractual

1. En el mateix contracte o posteriorment, les parts poden pactar la possibilitat de transmetre a un tercer la posició de part contractual.

2. La transmissió s'ha de fer amb els requisits de forma, de notificació i d'eficàcia pactats en el contracte. Si les parts no han previst aquestes qüestions, la transmissió de la posició de part contractual s'ha de fer amb els mateixos requisits de forma que el contracte i tindrà efectes a partir de la notificació fefaent que el cedent i el nou contractant facin de l'acte de transmissió.

3. Si la transmissió no es realitza en el termini acordat o, en el seu defecte, en un termini raonable, el contracte produeix els seus efectes entre les parts originàries.

4. El cedent garanteix al cessionari l'existència de la posició contractual cedida, però no que l'altra part compleixi les seves obligacions, llevat que pactin altrament.

5. Llevat que es pacti altrament, la nova part contractual només pot al·legar les excepcions que resultin de la relació cedida, i les garanties ofertes pel cedent i per terceres persones s'extingeixen, amb l'excepció en aquest darrer cas que el negoci de cessió compregui també la transmissió de l'objecte que constitueix la garantia.

6. *En determinats casos previstos per la llei, l'adquirent d'un bé que està directament vinculat al contingut d'un contracte, adquireix també la titularitat dels drets i deures que integren el contracte.*

CONCORDANCES

Arts. 424 i 425 CCP, 1401 a 1410 CCI, 251.1 CCPB, 1442 CCQ, 157 LH i 248 RH, 565-1 i 569-38.4 CCCat, 1227 i 1295 PM, 12:201 PECL, III.-5:302 DCFR.

COMENTARI

1. Àmbit

Aquest article regula la cessió de la posició de part contractual que deriva de la voluntat dels contractants, expressada en el mateix contracte.

La llei preveu aquesta possibilitat, com a efecte legal, en diferents ocasions.

Per exemple:

- . Els diferents supòsits de subrogació en el contracte d'arrendament.
- . El traspàs en l'arrendament (art. 32 LAU)
- . L'adquisició de la posició d'arrendatari arran de l'execució d'una hipoteca mobiliària d'establiment mercantil.

La figura de la cessió del contracte no està regulada amb caràcter general en l'ordenament jurídic, però tant la doctrina com la jurisprudència l'admeten sense dificultats. Així, d'acord amb la STS 19.9.2002, "la cesión del contrato que conocida y consolidada jurisprudencia construye implica la transmisión a un tercero de la relación contractual en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes".

Les parts en el negoci de cessió són tres: el contractant cedent, el contractant cedit i el cessionari. El cessionari és qui passa a ocupar la posició jurídica del contractant cedent, assumint els drets i deures inherents a la posició derivats de la relació contractual, subsistint el contracte íntegre quant a la resta (accessoris, garanties no prestades personalment en favor del cedent, etc.). L'objecte de la cessió, doncs, el constitueix la completa posició jurídica.

De tota manera, la cessió del contracte exigeix alguns requisits:

-que es tracti d'una relació contractual de la qual se'n derivin prestacions recíproques entre les parts; si només una de les parts ha de realitzar alguna

prestació, en realitat es cediria un sol crèdit o un sol deute, i no una completa posició jurídica;

-que les prestacions recíproques es trobin si més no parcialment pendents d'execució, o que es tracti d'un contracte durador, ja que, de nou, en cas contrari no es podria cedir la posició contractual;

-que totes les parts, en especial el contractant cedit, prestin els oportuns consentiments (STS 21.12.2000) i que el cessionari tingui la capacitat d'obrar suficient per assumir la posició contractual cedida;

-que s'observi la forma exigida al contracte cedit (argument art. 1280.6 Cc).

Quant als efectes de la cessió, el cedent s'allibera de les seves obligacions derivades del contracte cedit (STS 9.9.2002, 9.7.2003) i perd els drets que aquest li comportava; el contractant cedit i el cessionari assumeixen la condició de parts en el contracte cedit, i es podran oposar totes les excepcions basades en el contracte o d'altres relacions existents entre ells, però no -llevat pacte en contrari- les excepcions que pogués tenir contra el cedent; i el cedent garanteix al cessionari l'existència i la validesa del contracte cedit, responent dels danys i perjudicis que la ineficàcia del negoci de cessió li pugui suposar (a banda que, si així es pacta, el cedent garanteixi al cessionari el compliment del contracte, cas en què passaria a ser un responsable subsidiari o fiador).

La redacció de l'article permet incloure en el seu àmbit l'anomenat *contracte per a persona a designar*. En aquest sentit, la jurisprudència ha acceptat el contracte a favor de persona que encara no s'ha designat en el moment de la seva perfecció (STS 2.6.2009, per exemple). Significa que el contracte resta perfeccionat entre les parts que l'acorden però una es reserva la facultat de designar una altra persona com a part definitiva en el contracte. La designació s'ha de realitzar en el termini fixat per les parts o, si no ho han estipulat, en un termini raonable. Cal comunicar a la part que es mantindrà la identitat de la nova part i que aquesta ha acceptat integrar-se com a part contractual. Si la tercera persona no accepta, el contracte roman entre els contractants originaris.

Un supòsit legal es troba a l'art. 647 LEC en els supòsits de subhasta judicial (STS 9.3.2006).

Finalment, podem destacar que la possibilitat de cedir la posició de part contractual es preveu per *totes* les parts en el contracte; en canvi, l'art. 1295.1 PM només ho contempla per a una d'elles.

2. Requisits de la cessió (apartat 2n)

Es procura deixar la màxima llibertat a les parts per tal que es donin tots els requisits de la cessió. En aquest sentit, la transmissió s'ha de fer amb els requisits de forma, de notificació i d'eficàcia pactats en el contracte. Si les parts no han previst aquestes qüestions, la transmissió de la posició de part contractual s'ha de fer amb els mateixos requisits de forma que el contracte i tindrà efectes a partir de la notificació fefaent que el cedent i el nou contractant facin de l'acte de transmissió.

Per exemple, és possible que el contracte requereixi uns determinats requisits formals, mentre que la cessió es pot fer de manera més senzilla. Lògicament, la oposabilitat dels efectes a terceres persones pot requerir el compliment de determinats requisits formals.

3. Termini per la transmissió (apartat 3r)

La possibilitat de transmetre la posició de part contractual no ha de fer perdre de vista la dada essencial de què el contracte vincula les parts que el varen celebrar inicialment. És per aquest motiu que si la transmissió de la posició de part contractual no es realitza en el termini acordat o, en el seu defecte, en un termini raonable, el contracte produeix els seus efectes entre les parts originàries.

4. Responsabilitat del cedent (apartat 4t)

A manca d'una norma general sobre cessió de crèdits a la qual fer remissió, sembla escaient introduir normes que regulen la relació entre les tres parts implicades, que són el cedent, el cessionari i el contractant cedit. La primera norma és que el cedent només garanteix l'existència de la relació que cedeix, però no es converteix en fiador del contractant cedit, llevat que es pacti expressament, de manera que si incompleix les seves obligacions, el cessionari no pot reclamar al cedent.

5. Excepcions i garanties (apartat 5è)

L'apartat 5è de l'article tracta de les excepcions i les garanties. Quant a les excepcions, el cessionari només es pot beneficiar de les que derivin de la cessió de la posició contractual, però no d'altres que pogués oposar el cedent al deutor cedit, perquè la idea és que se cedeix la posició contractual concreta i no el conjunt de les

relacions jurídiques que pugués existir entre les parts originàries del contracte. Quant a les garanties, com a conseqüència que el cedent no garanteix que el contractant cedit complirà les seves obligacions, és lògic que s'extingeixin les garanties que es van oferir, tant pel mateix deutor com per altres persones. A banda que les parts són lliures per acordar un règim jurídic distint en què es puguin oposar altres excepcions o es mantinguin totes o algunes garanties, hi ha un supòsit en què la garantia es manté, que és que el negoci de cessió no contempli només la cessió del crèdit sinó també la transmissió de l'objecte que constitueix la garantia. El caràcter accessori de la garantia aconsella que en aquest cas es transmeti junt amb la posició contractual.

6. Transmissió de la posició de part contractual inherent a la transmissió d'un bé (apartat 6è)

Aquest article es refereix als casos en què l'adquirent d'una finca esdevé *titular* d'un deute que hi estava directament vinculat; no es refereix, en canvi, als casos en què l'adquirent simplement es veu afectat per la situació prèvia de la finca.

Per exemple, l'adquirent d'una finca hipotecada es veu afectat pel contracte de préstec que va motivar la hipoteca, però no es converteix en deutor, és a dir, no assumeix la posició de part contractual en el préstec, tot i que, si volgués, ho podria fer (art. 118 LH). En canvi, hi ha situacions en les que la llei directament converteix l'adquirent d'una finca en titular de la posició contractual que hi requeria. Vegem alguns exemples:

a) L'art. 565-1 CCCat descriu el cens com una pensió periòdica dinerària que es *vincula* amb caràcter real a la propietat d'una finca. El mateix precepte afegeix que la finca garanteix el pagament de manera directa i immediata. Aquesta "garantia" significa que qui en cada moment sigui propietari de la finca gravada és el responsable del pagament de les pensions. Aquesta responsabilitat neix del fet que el propietari de la finca gravada -qui ho sigui en cada moment- està *obligat* a pagar les pensions. En aquest sentit, el segon apartat del mateix art. 565-1 CCCat estableix que "rep el nom de censatari la persona que està obligada a pagar la pensió del cens, que és el propietari o propietària de la finca".

b) En determinats supòsits, l'adquirent d'una finca gravada amb una hipoteca en garantia de rendes o prestacions periòdiques assumeix la posició de *deutor* d'aquestes obligacions. Això succeeix sempre en el cas de l'art. 157 LH, tant si

l'alienació és voluntària com conseqüència d'un procediment d'execució forçosa; i només té lloc si es pacta expressament en el cas de l'art. 569-38.4 CCCat.

Secció segona: LA FORMACIÓ DEL CONTRACTE

Subsecció primera: Preliminar

Article 612-16. Consentiment de les parts

1.- La formació del contracte exigeix la concurrència de la voluntat de totes i cadascuna de les parts.

2.- El contracte es pot concloure:

a.- Per la negociació de les parts.

b.- Pel concurs d'oferta i acceptació.

c.- Per un contracte preparatori.

d.- Per l'exercici d'un pacte de preferència.

e.- Per subhasta i concurs.

3.- La voluntat de cada part de concloure un contracte s'ha de valorar d'acord amb les seves declaracions o conductes, tal com van ser raonablement interpretades per la persona a la que van dirigides.

CONCORDANCES

Arts. II.-4:102 i II.-4:302 DCFR, 1262.I CCEsp, 6:217(1) CCHol, 30.2 CESL.

COMENTARI

En l'apartat 1, es posa en relleu el consentiment de les parts com a element essencial del contracte, i que els contractes poden ser bilaterals com la compravenda o plurilaterals com la societat.

Quant a la manera com es pot concloure el contracte, mentre la majoria de textos legals es limiten a fer referència a què el contracte es produeix pel concurs de l'oferta i l'acceptació (arts. 1262.I CCEsp, 6:217(1) CCHol, 30.2 CESL), l'article deixa clar que també existeixen altres mecanismes de formació del contracte, que en els articles successius es desenvolupen.

L'apartat concorda amb els arts. II.-4:102 i II.-4:302 DCFR. Ha estat una qüestió molt debatuda en la doctrina civilista si, en cas de discrepància entre la

voluntat interna i la voluntat manifestada, ha de prevaler una o altra. Segons l'anomenada doctrina "clàssica", no hi ha contracte sense voluntat i, en conseqüència, en els casos de divergència entre voluntat interna i voluntat declarada es produeix una declaració sense voluntat i, per tant, el contracte no és vàlid. La reacció enfront de la teoria de la voluntat és l'anomenada teoria de la declaració que, fonamentada, entre d'altres, en motius d'ordre pràctic i de seguretat jurídica, afirma que la voluntat interna és una cosa desconeguda, i que el que realment apareix en el tràfic jurídic i s'ha de tenir en compte és la declaració de voluntat. Mentre la primera teoria afavoreix al declarant, la segona atén a l'interès del destinatari de la declaració.

Sens perjudici del que després s'establirà sobre l'error, s'adopta la segona de les teories, que, com diem, fa prevaler el significat "raonable" de la declaració sobre la intenció real d'obligar-se. Podrà passar, per tant, que una de les parts quedi vinculada jurídicament sense la seva voluntat al respecte, per la força de la declaració que hagi emès. Això succeirà quan aquesta declaració no es correspongui amb la voluntat interna, ja sigui per l'existència d'un error (obstatiu), o per tractar-se d'una declaració no feta seriosament, o sense la intenció de vincular-se jurídicament. La justificació és que aquest error és atribuïble al declarant, i que cal protegir la bona fe de l'altre contractant. La regla no és, doncs, gens favorable per al declarant, atès que no solament es descarta que calgui atendre a la seva voluntat, sinó tampoc al significat "usual" de la declaració, entenent aquest com el sentit que una persona "mitjana" donaria a tal declaració. La interpretació que val és la que "raonablement" faci l'altra part, interpretació que no sempre coincidirà amb la que faci el declarant o la persona mitjana. Es tenen en compte, per tant, les circumstàncies subjectives de l'altra part. Ara bé, a partir d'aquesta subjectivitat, la interpretació que es faci no ha de ser capritxosa ni infundada, sinó "raonable": no el sentit que la part ha entès sinó el que, d'acord a les seves condicions personals, hauria d'haver entès. Així, per exemple, una declaració no emesa seriosament podrà produir diferents efectes en funció de les circumstàncies de la persona a qui vagi dirigida, la qual cosa ens porta a concloure que el declarant, en fer aquesta declaració, s'haurà de preocupar de discernir la condició de la persona en qüestió.

t per culpa in contrahendo

1.- La part que inicia, continua o trenca les negociacions infringint les exigències de la bona fe està obligada a reparar el dany causat a l'altra part.

2.- La reparació inclourà les despeses originades per tal de concloure el contracte, i les pèrdues causades per la l'esvaïment d'oportunitats de negoci similars, però no comprendrà la pèrdua dels beneficis que hagués originat el contracte no conclòs.

CONCORDANCES

Arts. 1245 PM, 6 CEC, 20.1 Pr. Terrè, II.-3:301(3) DCFR, 2:301(2) PECL.

COMENTARI

S'estableix l'obligació de reparar el dany causat a conseqüència de la infracció de les exigències de la bona fe en la iniciació, continuació o trencament de les negociacions. La indemnització comprendrà els danys i perjudicis produïts, però no la hipotètica pèrdua dels beneficis que s'haguessin pogut aconseguir si s'hagués conclòs el contracte.

Article 612-19: Deure de confidencialitat

1.- Si, en el decurs de les negociacions, una de les parts comunica a l'altra alguna informació de caràcter confidencial, aquesta part no podrà divulgar-la ni utilitzar-la en profit seu, si el contracte no s'arriba a concloure. Si el contracte se celebra, només podrà utilitzar la informació en la mesura que estableixi el contracte.

2.- La part que infringeix el deure de confidencialitat està obligada a reparar el dany ocasionat a l'altra, i a abonar-li el benefici que ha obtingut arran de l'incompliment.

CONCORDANCES

Art. II.-3:302 DCFR, 8 CEC, 1245.3 PM, 21 Pr. Terré.

COMENTARI

Com a conseqüència de les negociacions entre les parts, aquestes poden tenir accés a certa informació que d'altra manera no haguessin pogut obtenir, és a dir, podran tenir una informació "confidencial". Tant la doctrina, com les propostes harmonitzadores del dret contractual europeu, contempen el deure de mantenir la confidencialitat de certes informacions, i la corresponent responsabilitat en cas d'incompliment.

Cal aclarir que no tota informació és confidencial. Ho serà en virtut de la seva naturalesa (per exemple, la informació que facilita el franquiciador al potencial franquiciat per a l'exercici de l'activitat comercial), per les circumstàncies en què es va obtenir, o perquè una de les parts comunica a l'altra el caràcter secret o reservat de la informació.

El deure de confidencialitat es pot infringir amb independència de si el contracte s'arriba a concloure o no; és a dir, el fet de concloure el contracte no eximeix del deure de confidencialitat (sense perjudici que, si no se celebra el contracte, pugui haver més responsabilitat per la ruptura injustificada de les negociacions).

Si s'infringeix el deure de confidencialitat, es preveu una doble sanció: la reparació del dany ocasionat i, a més, l'abonament dels beneficis obtinguts.

Article 612-20: Deure d'informació

1.- En el decurs dels tractes preliminars, les parts s'han d'informar mútuament de qualsevol circumstància, de fet o de dret, que, d'acord amb les exigències de la bona fe, es consideri raonablement que s'ha de conèixer per tal de formar-se un judici sobre la conveniència o no de concloure el contracte.

2.- La infracció del deure d'informació, si no s'anul·la el contracte per error o per engany, donarà dret a la part perjudicada a exigir una indemnització pels danys i perjudicis que se li han ocasionat.

CONCORDANCES

Art. 7 CEC, 21 i ss. CESL.

COMENTARI

Mentre els altres deures esmentats en els articles precedents podien donar lloc a responsabilitat en el cas que el contracte no arribés a celebrar-se, el deure d'informació adquirirà transcendència, per regla general, quan el contracte es conclogui. Si les parts proporcionen una informació no veraç, o incompleta, serà generalment per induir a contractar, i no per aconseguir l'efecte contrari. Això pot donar lloc a un vici del consentiment per a l'altra part (per error o per engany), amb

la consegüent possibilitat d'anular el contracte. Si el contracte no s'anul·la, la part perjudicada podrà exigir una indemnització pels danys i perjudicis ocasionats.

Article 612-21. Cartes d'intencions

1.- Els documents en els que les parts declaren la seva voluntat de començar o continuar una negociació no les obliguen a contractar, sinó només a negociar sota unes bases ja prefixades.

2.- Les cartes d'intencions tenen una funció interpretativa de la voluntat de les parts.

CONCORDANCES

Art. 8.3 CISG (l'apartat segon relatiu a la funció interpretativa).

COMENTARI

Quan les negociacions per a la conclusió d'un contracte són complexes, d'una certa transcendència econòmica, i es preveu que es perllongaran en el temps, les parts poden utilitzar les denominades "cartes d'intencions" (*letters of intent*). Es tracta d'uns documents en què les parts declaren la seva voluntat de començar o continuar una negociació i, si és el cas, plasmen el resultat de les primeres preses de contacte o eventualment els acords fins ara assolits. En les cartes d'intencions les parts es comprometen no a contractar, sinó simplement a negociar dins d'un marc o unes bases prefixades. No estem davant d'un precontracte, ni molt menys davant del contracte definitiu- per no tenir tots o d'alguns dels elements essencials del contracte. Les cartes d'intencions constitueixen un punt de partida per seguir negociant (STS 1998.06.03), i per això se situen en la fase precontractual.

A més del deure de negociar, les cartes d'intencions, tal com preveu també l'art. 8.3 del Conveni de Viena de 1980, sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, tenen una funció interpretativa de la voluntat de les parts.

Subsecció tercera: La formació del contracte pel concurs d'oferta i acceptació

Article 612-22. Conclusió del contracte

1.- L'acceptació de l'oferta produeix la conclusió del contracte.

- 2.- *El contracte es conclou en el moment en què l'oferent rep l'acceptació.*
- 3.- *Quan l'acceptació d'una oferta derivi d'una conducta del destinatari, el contracte s'entendrà conclòs en el moment en què l'oferent tingui coneixement de la dita conducta, tret que l'acord de les parts o els usos negocials disposin altrament.*
- 4.- *Els contractes celebrats mitjançant dispositius electrònics s'entenen conclusos en el moment en què el destinatari manifesta la seva acceptació. L'oferent haurà de confirmar per via electrònica i sense demora l'arribada de l'acceptació.*

CONCORDANCES

Arts. 35 CESL, 1262 CCEsp, 1250 PM, II.-4:205 DCFR, 18.2 CISG, 2.1.6 Unidroit PICC, 2:205 PECL, 16.2 CEC.

COMENTARI

L'oferta constitueix una declaració de voluntat que determina la vinculació al seu contingut per part de l'oferent, de tal manera que només falta l'acceptació del destinatari per a la conclusió del contracte, i amb aquesta acceptació el contracte queda conclòs.

Atès que pot transcórrer un cert període de temps entre el moment en què s'emet l'oferta, i el de l'acceptació, i atès que aquesta acceptació pot tardar en arribar a l'oferent (per exemple, si es contesta per carta), convé determinar el moment en què s'entén conclòs el contracte.

Seguint la línia tant de les propostes de dret contractual europeu, com del CCEsp, s'adopta la teoria de la "recepció" en lloc de la teoria de la "expedició", el que obeeix al fet que resulta més sensat localitzar el risc de la transmissió de la notificació d'acceptació en l'acceptant que en l'oferent, ja que l'acceptant és qui escull el mitjà de comunicació, el que millor coneix quins mitjans de comunicació són especialment arriscats o tardans, i qui, en conseqüència, es troba millor capacitat per prendre les mesures necessàries per assegurar que l'acceptació arribi a la seva destinació.

L'acceptació també pot derivar d'una conducta (art. 612-27). En aquest cas, el contracte s'entén conclòs en el moment en què l'oferent tingui notícia d'aquesta conducta. A diferència del que succeeix en els textos de dret contractual europeu (que segueixen la mateixa regla tant en el cas en què l'acceptant emet una declaració de voluntat, com quan accepta mitjançant una conducta: el contracte

s'entén celebrat quan la "acceptació" o la "notícia d'aquesta conducta" *reach the offeror* [arriben a l'oferent]) s'exigeix el coneixement efectiu de l'oferent, i no simplement que arribi al seu poder la notícia de tal acceptació.

També es conté un règim especial per als contractes celebrats mitjançant dispositius automàtics. Atès que serà l'oferent qui haurà creat el procediment per emetre l'acceptació, els riscos de la no arribada de l'acceptació seran a càrrec seu, i per tant el contracte s'entendrà conclòs quan el destinatari emet l'acceptació (per exemple, cliqueja l'acceptació corresponent a la pàgina web). L'oferent té l'obligació de confirmar l'arribada de l'acceptació, i mentre no ho faci s'estableix com a sanció que l'acceptant podrà revocar la seva acceptació (art. 612-27.3).

En la PMCC no queda molt clar el moment en què es perfecciona el contracte, en haver-se eliminat la norma específica que ho regulava (art. 1262.3 CCEsp). Queda el dubte de si s'ha d'aplicar la regla general de l'art. 1250 PM (quan l'acceptació arriba al oferent), la regla general de l'art. 1255 PM (quan "es fa efectiva l'acceptació de l'oferta"), o si és necessària la confirmació de l'oferent (segons l'art. 1268-3 PM: "L'oferent haurà de confirmar per via electrònica i sense demora l'arribada de l'acceptació").

Article 612-23. Oferta

1.- Una proposta de concloure un contracte dirigida a una o a varies persones determinades constituirà una oferta si:

a.- revela la voluntat de l'oferent de convertir-se en un contracte en cas d'acceptació per l'altra part, i

b.- conté tots els elements necessaris per a concloure el contracte, o preveu la forma de determinar-los.

2.- Si la proposta es dirigeix a persones indeterminades, o al públic en general, es considerarà com una simple invitació a presentar ofertes, si el proponent no diu altra cosa.

CONCORDANCES

Arts. 1246 PM, II.-4:201 DCFR, 2:201 PECL, 2.1.2 Principios Unidroit, 13 CEC, 23 Pr. Terrè, 31 CESL.

COMENTARI

Per tal que una proposta tingui la consideració d'oferta, ha de reunir els següents requisits:

a.- La intenció de l'oferent de quedar obligat per la simple acceptació del destinatari. En aquest sentit, és clara la STS 10.10.1980, quan parla de l'oferta com una "declaració de voluntat de naturalesa receptícia, com a tal adreçada a l'altre subjecte i emesa amb un definitiu propòsit d'obligar-se si l'acceptació es produeix". Així, perquè hi hagi oferta fa falta la voluntat de l'oferent, el qual, si el destinatari accepta l'oferta, quedarà obligat i el contracte quedarà constituït sense necessitat d'emetre més declaracions de voluntat. Per tant, no estarem davant d'una oferta si el proponent es reserva la possibilitat de rebutjar l'acceptació del destinatari, o si realitza una mera declaració d'intencions que després ha de precisar.

b.- L'oferta ha de ser prou precisa, és a dir, ha de contenir tots els elements necessaris per concloure el contracte, o s'ha de preveure la forma de determinar-los. L'esmentada STS 10.10. 1980 declara que l'oferta ha de contenir "els requisits indispensables per al fi projectat i per tant [...] els elements necessaris per al futur contracte (els anomenats *essentialia negotii*)". Per tant, la suficiència de l'oferta ha de tractar sobre els elements essencials del contracte, de manera que no s'ha de requerir un nou acord dels contractants per a la concreció d'aquests elements. En canvi, no és indispensable que l'oferta contingui els elements accidentals del contracte. La redacció proposada és similar a la seguida per l'art. 1246.1 PM, conforme al qual: "La proposta de celebrar un contracte dirigida a una o diverses persones determinades constituirà oferta sempre que precisi els elements necessaris del contracte o prevegi la forma de determinar-los i reveli la voluntat de l'oferent d'obligar". En termes anàlegs, l'art. 413-3 de la Proposta de Codi Mercantil elaborada per la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, que porta per títol "Consideració de la proposta com a oferta": "La proposta de celebrar un contracte mercantil, dirigida a una o diverses persones determinades, constituirà proposició si és prou precisa i indica la intenció de l'oferent de quedar obligat en cas d'acceptació".

c.- I la proposta s'ha de dirigir a una persona determinada. A diferència del que es preveu en algunes de les propostes de dret contractual europeu (arts. II.-4:201(3) DCFR, 2:201.3 PECL), si una proposta va dirigida al públic en general, es considera com una invitació a presentar ofertes, tret que s'estableixi una altra cosa (en aquest sentit també, arts. 13.2 CEC, 14,2 CISG, 31.3 CESL, 1246.II PM). I és que el

problema de les propostes dirigides al públic és evident: la multitud de destinataris pot donar lloc a múltiples acceptacions, amb la possibilitat que s'hagin esgotat les existències i la consegüent necessitat de prioritzar les sol·licituds.

Article 612-24. Vigència i retirada de l'oferta

- 1.- Una oferta produeix els seus efectes quan arriba al destinatari.*
- 2.- Una oferta, encara que sigui irrevocable, podrà ser retirada si la notificació de la seva retirada arriba al seu destinatari abans o al mateix temps que l'oferta.*
- 3.- Una oferta desplega els seus efectes fins quan transcorre el seu termini de vigència, o fins a la seva revocació per part de l'oferent, o fins que es refusada pel seu destinatari. En qualsevol cas, l'oferta s'extingeix passat un termini de vigència raonable.*

CONCORDANCES

Apartat 1: arts. 2.1.3(1) Unidroit PICC, 14.1 CEC, 1247.I PM.

Apartat 2: arts. 2.1.3(2) Unidroit PICC, 14.1 CEC, 15.2 CISG, 1247.II PM.

Apartat 3: art. 36.2 CESL.

COMENTARI

L'oferta és una declaració de voluntat de caràcter receptici. Per això, els seus efectes es produeixen quan arriba al seu destinatari que, com s'ha dit anteriorment, és determinat. Mentre no arriba aquest moment, l'oferta no produeix cap efecte i, per tant, pot ser retirada.

La durada de l'oferta no pot ser indefinida. La vinculació que suposa per a l'oferent exigeix que l'oferta tingui una durada limitada. D'aquesta manera, si el destinatari o destinataris de l'oferta no l'accepten, l'oferent podrà proposar noves ofertes.

No s'ha considerat adient fixar un termini màxim de vigència de l'oferta. I ni tan sols s'exigeix la fixació d'un termini determinat; ara bé, l'oferta no es podrà acceptar en qualsevol temps, sinó que l'acceptació s'ha de fer en un "termini raonable"

Article 612-25. Revocació de l'oferta

1.- L'oferta, una vegada hagi arribat al seu destinatari, podrà ser revocada por l'oferent, excepte quan es doni alguna de les següents circumstàncies:

a.- Quan en l'oferta s'indica que és irrevocable.

b.- Si en l'oferta s'estableix un termini determinat de vigència, llevat que l'oferent s'hagi reservat expressament la seva facultat de revocar-la.

c.- Quan el destinatari tingués motius raonables, per les declaracions o conductes de les parts, per confiar en el caràcter irrevocable de l'oferta, i hagués realitzat actes o negocis sobre la base d'aquesta confiança.

2.- Per tal que la revocació sigui efectiva, la notificació de la revocació ha d'arribar al destinatari de l'oferta abans que aquest hagi tramès la seva acceptació i, en els casos d'acceptació derivada d'una conducta, abans que l'oferent tingui coneixement d'aquesta conducta.

CONCORDANCES

Arts. 1248 PM, II.-4:202 DCFR, 2:202 PECL, 32 CESL, 2.1.3 Unidroit PICC.

COMENTARI

La regla general és que l'oferta, una vegada és efectiva, podrà ser revocada per l'oferent. Hi ha, però, una sèrie d'excepcions:

a.- Si s'ha fixat un termini determinat de vigència de l'oferta (per exemple, tres mesos, o fins al 31 d'octubre de determinat any), l'oferta no es podrà revocar. En aquest cas és evident el paral·lelisme amb el dret d'opció: durant el termini establert, l'oferent o concedent queda vinculat pel contingut de la seva oferta. S'entén que, en fixar-se termini, l'oferent assumeix la voluntat de mantenir l'oferta durant el termini establert.

b.- Si l'oferta indica que és irrevocable, l'oferent tampoc no podrà revocar-la. Tal indicació ha de ser clara, i pot resultar tant de la declaració de l'oferent, com de la seva conducta.

c.- Així mateix, la revocació de l'oferta tampoc té efecte si el seu destinatari té motius raonables per pensar que es tracta d'una oferta irrevocable i ha actuat en conseqüència. Tal confiança del destinatari podria derivar tant de la naturalesa de l'oferta, com del propi comportament de l'oferent, per exemple, concloure contractes

de transport, haver començat la producció de mercaderies, o haver llogat una nau per al seu emmagatzematge.

Com es lògic, la revocació s'ha de fer abans que el contracte hagi estat conclòs per l'acceptació del destinatari. El règim és diferent segons la manera com s'exterioritza l'acceptació:

a. Si l'acceptació és oral i dirigida a l'oferent -per exemple, per via telefònica- ja existeix simultaneïtat entre el moment de perfecció del contracte, el moment en que l'acceptació és emesa i el moment en què aquesta acceptació arriba a coneixement de l'oferent. Per tant, a partir del moment en què l'acceptant comuniqui oralment la seva acceptació a l'oferent, l'oferta ja no es podrà revocar.

b.- Si l'acceptació es fa per escrit, l'oferta ja no es podrà revocar si el destinatari ha tramès la seva acceptació a l'oferent. S'atén, per tant, al moment de remissió de l'acceptació, moment que no coincideix en aquest cas amb el de perfecció del contracte que, conforme a l'art. 612-22.2, és quan l'acceptació arriba a l'oferent. Pot ocórrer per tant, que l'oferent no tingui notícia de l'acceptació i que, tot i no haver-se conclòs el contracte, no pugui revocar la seva oferta per haver ja tramès el destinatari la seva acceptació. En qualsevol cas, aquest règim es justifica per la protecció de l'interès del destinatari.

c. L'acceptació també pot produir-se en virtut d'una conducta. En aquest cas, a diferència de quan l'acceptació es fa per escrit, sí que coincideix el moment de conclusió del contracte amb el moment a partir del qual l'oferent ja no pot revocar la seva oferta: quan l'oferent té coneixement de la conducta. Podria passar, per tant, que havent el destinatari realitzat una conducta que impliqui acceptació, l'oferta pugui ser revocada mentre aquesta conducta no hagi arribat a coneixement de l'oferent.

Article 612-26: Refús de l'oferta

Una oferta, encara que sigui irrevocable, s'extingirà quan la notificació de refús feta pel seu destinatari arribi a l'oferent, o quan l'oferent tingui coneixement de la conducta del destinatari indicativa del refús.

CONCORDANCES

Arts. 1249 PM, II.-4:203 DCFR, 33 CESL, 2:203 PECL, 2.1.5 Unidroit PICC, 17 CISG, 15.2 CEC.

COMENTARI

Una oferta "efectiva" (en el sentit que no ha estat retirada i per tant ha tingut eficàcia), pot extingir-se, com s'ha dit, per diverses causes: a) per la revocació de l'oferent, b) quan, havent-se fixat termini de vigència de l'oferta, aquest termini hagi transcorregut, i c) quan trobant-se en vigor l'oferta, el destinatari la rebutgi, rebuig al que ens referim en aquest article.

Usualment el rebuig es traduirà en una declaració de voluntat dirigida a l'oferent, en la qual el destinatari manifesta que no accepta l'oferta (rebuig exprés). Si el rebuig es fa de manera pura, és a dir, sense cap contraoferta, es tracta d'un acte de lleialtat del destinatari de l'oferta cap al oferent, que deixarà de quedar vinculat per l'oferta, i podrà dirigir l'oferta a altres destinataris.

Però el rebuig de l'oferta també es pot fer de forma tàcita, mitjançant una conducta del destinatari. Aquesta conducta només produirà l'extinció de l'oferta si arriba a coneixement de l'oferent. Per exemple, si davant l'oferta de venda d'un producte, el destinatari compra el mateix producte a un altre proveïdor, està rebutjant tàcitament l'oferta.

El moment en què l'oferta s'extingeix pel rebuig del destinatari és quan aquest rebuig, ja sigui mitjançant una declaració de voluntat o mitjançant una altra conducta, arriba a l'oferent. Aquesta regla, a més de concordar amb el que disposa l'art. 612-25.2 quant a la revocació de l'oferta -que és eficaç no quan s'emet, sinó quan arriba al destinatari -, es troba també en consonància amb l'apuntada finalitat del rebuig de l'oferta, que és que l'oferent pugui fer noves ofertes; si el rebuig s'entengués produït quan s'emet, l'oferent no podria entaular noves negociacions mentre no tingués coneixement d'aquest rebuig.

En moltes ocasions, el rebutjament d'una oferta vindrà acompanyat de la petició de modificació d'algun dels seus elements (per exemple, se sol·licita una reducció del preu); en altres casos, donarà lloc a una contraoferta. En el primer cas, no es produeix l'extinció de l'oferta inicial. Si l'oferent manifesta que no accepta la rebaixa en el preu, el destinatari encara pot acceptar l'oferta inicial. Quant a la contraoferta, si suposa una alteració "material" dels termes de l'oferta, aquesta s'entén rebutjada (art. 612-30.1).

El rebutjament de l'oferta produeix la seva extinció en virtut de la declaració o conducta del destinatari. Per això, és indiferent que l'oferta s'hagi fet amb caràcter irrevocable o no, perquè la seva extinció no es produeix per la voluntat de l'oferent, sinó per la decisió del destinatari.

Pot passar que el destinatari, un cop acceptada l'oferta, pretengui rebutjar-la. Això seria teòricament possible, perquè l'eficàcia d'una i altre (acceptació i rebutjament) depenen del moment en què l'oferent les rebí. Doncs bé, el rebutjament de l'oferta, tot i ser posterior, podrà ser eficaç si l'oferent rep el rebutjament abans que l'acceptació. Això podria tenir lloc, per exemple, quan havent-se tramès l'acceptació per carta, el destinatari comunicui telefònicament al oferent el seu rebutjament abans que aquest hagi rebut la carta. Es tractaria d'un supòsit anàleg a la retirada de l'oferta: seria una "retirada de l'acceptació".

Article 612-27: Acceptació de l'oferta

1.- L'acceptació del destinatari es pot fer per qualsevol declaració o conducta que indiqui conformitat amb l'oferta. El silenci o la inacció del destinatari no constitueixen per sí sols acceptació, tret que les parts hagin acordat altrament, cas en què s'ha de fixar un termini raonable per a què el destinatari pugui refusar l'oferta.

2.- L'acceptació esdevé efectiva quan arriba a l'oferent. L'acceptació es pot retirar si la notificació de la seva retirada arriba al seu destinatari abans o al mateix temps que l'acceptació.

3.- En els contractes conclusos mitjançant dispositius automàtics, el destinatari podrà retirar la seva acceptació fins al moment en què l'oferent li hagi confirmat l'arribada de l'acceptació.

CONCORDANCES

Arts. 1250.I,II PM, 34 CESL, II.-4:204 DCFR, 18 CISG, 2.1.6 Unidroit PICC, 2:204 PECL, 16 CEC.

COMENTARI

L'acceptació de l'oferta determina la conclusió del contracte. Perquè l'oferta s'entengui acceptada i, en conseqüència, el contracte es perfeccioni, cal l'assentiment per part del destinatari. No n'hi ha prou ni el mer justificant de recepció de l'oferta, ni la manifestació d'estar interessat en ella.

L'acceptació es pot verificar mitjançant una declaració -oral o escrita -, o a través d'una conducta. La regla general és que no cal que l'acceptació es faci pel mateix mitjà pel qual es va fer l'oferta, sense perjudici que l'oferent pugui exigir una determinada forma per a l'acceptació -per exemple, la remissió d'un document per escrit -, o exclogui la possibilitat d'acceptació tàcita (acceptació mitjançant un comportament). Entre les conductes que poden suposar una acceptació tàcita es troben les que revelen la intenció de vincular-se jurídicament, com poden ser, entre altres, el pagament d'una bestreta del preu, l'embarcament de les mercaderies o l'inici dels treballs a l'establiment.

El silenci o la inactivitat no s'entenen com a acceptació. En virtut d'un acte jurídic unilateral com és l'oferta no es pot obligar a què una persona es pronuncii per evitar que s'entengui conclòs un contracte. El destinatari de l'oferta ha de ser lliure

per decidir si accepta l'oferta, si la rebutja expressament, o si fa cas omís d'ella. El destinatari pot ser totalment aliè a l'oferta, de manera que no se li pot imposar la càrrega d'estar contínuament rebutjant ofertes per evitar quedar vinculat.

Hi ha, però, una sèrie d'excepcions a aquesta regla general, de manera que, en alguns casos, el silenci o la inactivitat poden equivaler a l'acceptació de l'oferta. Això tindrà lloc quan així ho hagin acordat les parts, o quan resulti dels usos dels negocis. Quan s'acorda que el silenci equival a l'acceptació, s'ha de fixar un termini raonable per al rebuig de l'oferta.

L'acceptació esdevé efectiva i el contracte queda conclòs quan l'acceptació arriba a l'oferent. Fins aquest moment, i a l'igual que passa amb l'oferta, l'acceptació pot ser retirada.

Hi ha una regla especial per als contractes conclusos mitjançant dispositius automàtics. En aquests contractes s'exigeix un requisit més per a la seva efectivitat: que l'oferent confirmi l'arribada de l'acceptació (sens perjudici que el contracte s'entengui conclòs en el moment en què el destinatari manifesta la seva acceptació). Aleshores, l'acceptació pot ser retirada fins quan tingui lloc aquesta confirmació.

Article 612-28: Termini d'acceptació

1.- L'acceptació ha d'arribar a l'oferent dins del termini establert en l'oferta. Si no s'ha fixat cap termini, l'acceptació haurà d'arribar a l'oferent dins d'un termini raonable.

2.- L'acceptació d'una oferta verbal ha de ser immediata, tret que en l'oferta s'indiqui o de les circumstàncies es dedueixi una altra cosa.

3.- L'acceptació esdevindrà efectiva, tot i que no s'hagi comunicat a l'oferent, quan derivi del començament de l'execució d'un contracte per part del destinatari de l'oferta, i així s'hagués indicat en l'oferta o resulti de la pràctica entre les parts o dels usos dels negocis i s'hagi fet dins dels terminis previstos a l'apartat primer d'aquest article.

CONCORDANCES

Arts. 1250.III,IV,V PM, II.-4:206 DCFR, 36 CESL, 18.2.2 CISG, 2.1.7 Unidroit PICC, 2:206 PECL, 15.3 CEC.

COMENTARI

L'oferta no està vigent indefinidament, sinó que ha d'acceptar dins d'un termini. El moment a què s'ha d'atendre per veure si l'acceptació s'ha realitzat dins de termini és quan l'oferent rebí l'acceptació.

La regla general és que, perquè l'acceptació sigui efectiva, l'oferent l'ha de rebre dins del termini que ell mateix hagi fixat en fer l'oferta, o, si no hi ha termini fixat, dins d'un termini raonable. La durada d'aquest "termini raonable" dependrà de les circumstàncies, com per exemple la rapidesa dels mitjans de comunicació emprats pel oferent, la naturalesa de l'assumpte o el costum, la fluctuació dels preus en el mercat -evidentment el "termini raonable" no serà el mateix si l'oferta recau sobre productes en els quals el preu pot variar dia a dia (per exemple, unes accions que cotitzen en borsa), que si l'objecte de l'oferta és un bé de gran valor (per exemple, un immoble) i l'adquisició necessita d'una llarga reflexió -, la naturalesa perible de les mercaderies, la necessitat d'obtenir informació, o la necessitat de negociar amb proveïdors, subcontractants o entitats financeres.

Si es tracta d'una oferta verbal, la regla general és que l'acceptació de l'oferta verbal ha de ser immediata, llevat que les circumstàncies - entre elles el diàleg directe entre els contractants- indiquin el contrari.

El destinatari pot acceptar l'oferta per mitjà d'una conducta i sense necessitat de comunicar-ho a l'oferent. En aquest cas, perquè l'acceptació sigui efectiva, l'acte s'ha de dur a terme dins del termini establert per l'oferent o, si no s'ha establert cap termini, dins d'un marge de temps raonable. Per tant, i com és lògic, s'atén al moment de realització de l'acte per veure si l'acceptació s'ha realitzat o no dins de termini.

Article 612-29: Acceptació fora de termini

1.- Si la carta o una altra comunicació escrita que contingui una acceptació arriba a l'oferent fora de termini, però es demostra que en circumstàncies normals la comunicació hagués hagut d'arribar a temps, s'entendrà que l'acceptació és efectiva llevat que l'oferent comuniqui al destinatari, sense demora injustificada, que l'oferta ha caducat.

2.- En la resta de casos en què l'acceptació ha arribat fora de termini, l'acceptació podrà produir els seus efectes si l'oferent, sense demora injustificada, així ho comunica al destinatari, verbalment o per escrit.

CONCORDANCES

Arts. 1253 PM, II.-4:207 DCFR, 37 CESL, 20 CISG, 2.1.9 Unidroit PICC, 2:207 PECL, 16.5 CEC.

COMENTARI

Atès que l'art. 612-28.1 atén, no al moment en què s'accepta, sinó al moment en què l'acceptació arriba al oferent, per determinar si s'ha acceptat o no dins de termini, pot passar que, tot i haver actuat el destinatari de manera diligent, enviant l'oferta en un termini presumiblement oportú, l'oferta no hagi arribat a l'oferent per circumstàncies alienes al destinatari, com podria ser, per exemple, una vaga en els serveis de comunicació. En aquest cas, resulta equitatiu que la dita acceptació es consideri una acceptació efectiva. Amb tot, i atès que l'oferent tampoc en té cap culpa del retràs, i pot haver actuat ja en la confiança que l'oferta no seria acceptada,

es deixa l'última paraula a l'oferent, qui podrà rebutjar aquesta acceptació fora de termini comunicant-ho a l'acceptant "sense demora injustificada".

A més, tot i que l'acceptant hagués actuat negligentment, emetent la seva acceptació sense possibilitat que arribi a l'oferent en termini, es permet que aquest pugui concedir eficàcia a l'acceptació, si comunica al destinatari, sense demora injustificada, que la considera una acceptació vàlida.

Quant a la qualificació jurídica de la situació, no es tracta que el destinatari emeti una contraoferta -doncs aquesta suposa una variació en les condicions proposades pel oferent -, i tampoc que aquell faci una oferta igual a la que ha rebut i ha caducat. El que fa la llei és concedir a l'oferent la possibilitat de prorrogar, al seu arbitri i de manera retroactiva, el termini de vigència de la seva oferta, i concedir eficàcia a una acceptació que ha arribat fora de termini.

Article 612-30: Acceptació amb modificacions

1.- La resposta a una oferta que contingui addicions, limitacions o modificacions que alterin substancialment els termes de l'oferta, s'entendrà com un refús de l'oferta inicial i constituirà una contraoferta.

2.- S'entén que alteren substancialment els termes de l'oferta les clàusules addicionals o diferents relacionades, entre d'altres, amb el preu, el pagament, la qualitat i la quantitat dels béns, el moment i el lloc de l'entrega, l'abast de la responsabilitat d'una de les parts respecte a l'altra, o la resolució de litigis.

3.- Si les alteracions no són substancials, s'entendrà que l'oferta s'accepta, i les noves clàusules o les modificacions passaran a formar part del contingut del contracte, excepte quan es doni alguna de les circumstàncies següents:

a.- si l'oferent s'oposa sense demora injustificada a les clàusules addicionals o diferents;

b.- si l'oferta limita expressament l'acceptació als termes previstos en ella.

c.- si el destinatari condiciona la seva acceptació a l'aprovació per part de l'oferent de les clàusules addicionals o diferents, i aquesta aprovació no arriba al destinatari en un termini raonable.

d.- si la modificació recau sobre un aspecte del contracte que va ésser objecte de discussió prèvia entre les parts.

CONCORDANCES

Arts. 38 CESL, 19 CISG, 2.1.11 Unidroit PICC, 2:208 PECL, 16.6 CEC, II.-4:208 DCFR, 1251.1 PM

COMENTARI

Quan l'oferent emet la seva oferta, s'està vinculant amb el destinatari, en el sentit que l'acceptació d'aquest determinarà la conclusió del contracte. Però aquesta vinculació es produeix respecte a un determinat contingut contractual proposat per l'oferent. Per tant, el congruent és que, amb l'acceptació del destinatari, el contracte quedi conclòs en els termes proposats per l'oferent, és a dir, l'acceptació ha de ser pura: el contingut del contracte vindrà fixat pel contingut de l'oferta, sense que el destinatari pugui fer modificacions en la mateixa.

Ara bé, aquesta regla de principi, admet una sèrie de matisacions. S'aplica al contingut essencial del contracte, però, quan l'acceptació es faci amb "alteracions no essencials", no estarem davant d'una contraoferta, sinó que aquesta acceptació podrà donar lloc a la conclusió del contracte.

Així doncs, caldrà distingir:

a.- Si el destinatari emet una resposta que estableixi o impliqui clàusules contractuals addicionals o diferents que alterin en l'essencial els termes de l'oferta, això constituirà un rebuig de l'oferta inicial i una nova oferta. La qüestió és quan la modificació proposada és o no substancial. Per tal d'aclarir-ho, s'ha considerat adient establir un llistat no exhaustiu dels nous elements que alteren substancialment l'oferta, com per exemple quan la modificació afecti al preu. Estem davant d'una presumpció - "s'entén" -, presumpció que admet la prova en contrari proporcionada per la part que al·legui que l'alteració d'aquells elements no suposa una alteració substancial de l'oferta.

b.- Si les alteracions que proposa el destinatari no són substancials, la regla general és que el contracte s'entendrà conclòs en els termes proposats pel destinatari. Per tant, una resposta d'acceptació de l'oferta, encara que suposi nous o diferents termes, es considerarà com a acceptació si les modificacions no alteren de manera substancial els termes de l'oferta. Ara bé, aquest règim general té quatre excepcions:

1a.- Si l'oferta limita expressament l'acceptació als termes de la mateixa. Per tant, l'oferent, en fer l'oferta, té la possibilitat de salvaguardar-se contra qualsevol possible

modificació de l'oferta feta pel destinatari, de manera que pot estipular que si l'acceptació no és pura, no s'entendrà conclòs el contracte.

2a.- A l'oferent també se li ofereix la possibilitat de rebutjar una acceptació modificativa quan no hagi tingut la previsió d'incloure en l'oferta la clàusula de salvaguarda a la qual acabem d'al·ludir. Així, es concedeix a l'oferent la possibilitat d'oposar-se "sense demora injustificada" als nous termes o als termes modificats. Com veiem, s'imposa al oferent la càrrega de realitzar un acte de rebuig de l'acceptació modificada, càrrega fonamentada en el caràcter no substancial de la modificació.

3a.- En tercer lloc, pot ser el destinatari de l'oferta qui, per tenir certesa sobre la conclusió del contracte, requereixi l'acceptació de les modificacions per l'oferent dins d'un "termini raonable". En aquest cas, l'acceptant relleva l'oferent de l'exigència de pronunciar-se si vol evitar que el vinculi l'acceptació modificada.

4a.- I, finalment, si l'alteració introduïda afecta algun aspecte que va ser debatut prèviament, i que per tant el destinatari ja coneix de la seva importància per a l'oferent, encara que objectivament no es tracti d'un element essencial, hauria de tenir aquesta consideració i considerar-se com una contraoferta.

Finalment, cal aclarir que en el precepte no hem inclòs la regla de l'art. 1251.2 PM, atès que es tracta d'una norma mercantil.

Article 612-31: Incompatibilitat entre condicions generals

1.- Quan en el procés de formació del contracte les parts hagin utilitzat formularis de condicions generals diferents, el contracte existirà i es regirà per les clàusules particulars i per aquelles condicions generals que coincideixin en allò que sigui fonamental.

2.- Això no obstant, el contracte no s'entendrà conclòs si es dóna alguna de les següents circumstàncies:

a.- Que alguna de les parts hagi indicat prèviament, de manera explícita i no a través de les condicions generals, que no es considerarà obligada si no hi ha acord en les condicions generals; o

b.- Que alguna de les parts notifiqui a l'altra, sense demora excessiva, que no es considera vinculada pel contracte.

CONCORDANCES

Arts. II.-4:209 DCFR, 2.1.22 Unidroit PICC, 2:209 PECL, 39 CESL, 1252 PM.

COMENTARI

La discrepància entre oferta i acceptació pot derivar ja no de la modificació de l'oferta per part de l'acceptant, sinó de la incompatibilitat entre les condicions generals que pretengui imposar una i altra part.

Cal partir de la base que aquesta incompatibilitat entre condicions generals es produirà únicament en la contractació entre empreses. En la contractació amb consumidors, les condicions generals han estat redactades exclusivament per una de les parts, de manera que al consumidor li quedarà simplement l'alternativa de adherir-se o no a aquestes condicions. Però en els contractes entre empresaris és possible, sobretot si es tracta d'empreses d'una certa envergadura, que ambdues parts tinguin redactades les seves pròpies condicions generals, amb la qual cosa, si en la negociació del contracte les parts no s'han pronunciat sobre aquesta qüestió, és possible que sorgeixi un conflicte sobre quines seran les condicions generals que regiran el contracte. En el supòsit que ens ocupa, el conflicte es produirà quan el destinatari de l'oferta accepta el contingut bàsic d'aquesta, però amb les seves pròpies condicions generals. En definitiva, hi ha acord sobre el contingut bàsic del contracte, però no respecte a les condicions generals.

Si apliquéssim la doctrina de l'art. 612-30 respecte a l'acceptació amb modificacions, resulta que l'existència o no de contracte dependria de si la modificació proposada -és a dir, el contingut de les condicions generals- suposa o no una alteració substancial de l'oferta. L'aplicació d'aquesta solució al supòsit que ens ocupa no seria, però, correcta, ja que suposaria un favoritisme per a l'acceptant; a més, seria difícil de qualificar com a substancial o no el conjunt de clàusules que integren les condicions generals. Per això, en l'art. 612-31 hem donat un tractament específic a la qüestió, que gira entorn del concepte de compatibilitat d'unes clàusules amb altres.

Cal partir de la base que les condicions generals no constitueixen un contingut essencial del contracte, de manera que aquest pot existir sense elles. La regla general és que, tot i que les condicions generals puguin resultar incompatibles, el contracte s'entén conclòs en virtut de l'acceptació de l'oferta. Les condicions generals que formaran part del contracte seran les que siguin compatibles, mentre que les incompatibles es pot dir que s'anul·len mútuament. Es rebutja tant la *first shot theory* (han de prevaler les condicions de l'oferent en tant que l'acceptant no té dret a canviar els termes del contracte) com la *last shot theory* (l'acceptant fa una contraoferta que, si es compleix sense oposició, s'entén acceptada per l'oferent).

En aquells aspectes en què les condicions siguin incompatibles, es produirà una llacuna que, si escau, haurà de resoldre el jutge. S'han de tenir en compte els usos comercials i les pràctiques entre les parts, i, en última instància, la naturalesa i finalitat del contracte i els principis de la bona fe i honradesa en els tractes.

La coincidència a què es refereix l'apartat (1) de l'art. 612-31 és una coincidència en les qüestions "fonamentals". La coincidència s'ha de produir pel que fa al resultat, i no necessàriament en la seva formulació, però, en qualsevol cas, no sempre serà senzill determinar el que és fonamental o no en la clàusula en qüestió.

Per tant, d'acord amb l'art. 612-31.1 pot ser que una clàusula (general), proposada per una de les parts, no acabi formant part del contracte per ser incompatible amb la proposada per l'altra part, i que, en anul·lar-se mútuament aquestes clàusules incompatibles, l'aspecte en qüestió acabi sent regit pel que decideixi el jutge. Per evitar això, l'apartat 2 del precepte 16 estableix la possibilitat que qualsevol de les parts, ja sigui de manera prèvia o *a posteriori*, pugui evitar que s'entengui celebrat el contracte en cas d'incompatibilitat entre les respectives

condicions generals, mitjançant qualsevol dels dos procediments següents, anàlegs als previstos respecte a l'acceptació amb modificacions:

- a.- Amb caràcter previ, el contractant que no vulgui veure's vinculat pel contracte que no inclogui les condicions generals per ell proposades, haurà d'haver-ho indicat així de manera explícita, en fer l'oferta o la contraoferta. No s'admet, per tant, l'oposició que vingui establerta dins de les condicions generals del contracte.
- b.- Tot i que no s'hagués indicat de manera explícita en fer l'oferta o la contraoferta, no es considerarà conclòs el contracte si alguna de les parts així ho indica a l'altra sense demora excessiva.

Subsecció quarta: Contractes preparatoris

Article 612-32. Contractes preparatoris

- 1.- En els contractes preparatoris ha de constar els contingut essencial del contracte definitiu.*
- 2.- Són contractes preparatoris el compromís de contractar i el precontracte.*
- 3.- La durada dels contractes preparatoris no pot excedir de quatre anys. Si s'ha fixat un termini superior, serà reduït quant a l'excés. Si no s'ha fixat el termini, aquest serà d'un any.*
- 4.- Quan el contracte preparatori es constitueixi com a pacte o estipulació integrat en un altre negoci jurídic, la seva durada pot ser la mateixa d'aquest negoci jurídic, amb les pròrrogues corresponents.*
- 5.- La durada dels contractes preparatoris es podrà prorrogar abans d'arribar a la finalització del termini, per un temps que, sumat a l'inicial, no excedeixi del màxim legal. Finalitzat el termini, es podran tornar a concloure els contractes preparatoris que s'estimi adient, sempre que la durada de cadascun d'ells no superi el màxim legal.*
- 6.- Si no s'ha pactat altrament, cap de les parts del contracte preparatori podrà cedir a un tercer la seva posició de part contractual.*

COMENTARI

1.- Tipologia (apartats 1 i 2)

La característica dels contractes preparatoris és, com el seu nom indica, que “preparen” el contracte definitiu. Aquesta preparació consisteix en fixar el contingut del futur contracte que les parts s’obliguen a concloure, obligació que tindrà un diferent abast en funció de si es tracta d’un compromís de contractar (obligació de donar el consentiment per a concloure el contracte definitiu) que si es tracta d’un precontracte (el consentiment per a concloure el contracte definitiu ja ha estat donat). En qualsevol cas, els contractes preparatoris es distingeixen de manera clara de les anomenades “cartes d’intencions”, en les que les parts s’obliguen només a negociar per intentar arribar a un acord sobre el contingut del contracte definitiu. En canvi, en els contractes preparatoris el contingut ja està fixat (almenys el contingut essencial del contracte), però per variades circumstàncies no es pot o no es vol concloure de moment el contracte definitiu.

Doctrina i jurisprudència han vingut identificant els contractes preparatoris amb l’anomenat precontracte. Però el precontracte ha plantejat dubtes quant a la negativa d’una de les parts a concloure el contracte definitiu. Hi ha al respecte dues tesis:

A. Tesi segons la qual el precontracte obliga a prestar un nou consentiment. És la teoria que podem qualificar com a més clàssica, i considera que la celebració del precontracte obliga les parts a celebrar posteriorment un nou contracte, que com a tal requereix la prestació d’un nou consentiment. La majoria de codis civils que regulen la institució semblen seguir aquesta teoria, com ara l’art. 2243 Cc Federal de Mèxic, segons el qual "Pot assumir-se contractualment l’obligació de celebrar un contracte futur". D’acord amb aquesta primera teoria, en virtut del precontracte les parts assumeixen una obligació: la de celebrar el contracte que han preparat mitjançant el precontracte, en el que constaran tots els elements necessaris per a la celebració del contracte definitiu. És clar en aquest sentit l’art. 2245 Cc Federal, segons el qual "La promesa de contracte només dóna origen a obligacions de fer consistents en celebrar el contracte respectiu d’acord amb el que s’ha ofert". En el precontracte, a més de l’obligació de contractar, les parts s’obliguen a contractar "d’una determinada manera", és a dir, fixen el contingut del contracte definitiu. Així ho diu l’art. 2246 Cc Federal: "Per tal que la promesa de contractar sigui vàlida ha de ... contenir els elements característics del contracte definitiu ...". La pregunta que sorgeix immediatament és, en el cas de la promesa bilateral, per què les parts no celebren ja el contracte definitiu. Si s’ha determinat el contingut del

contracte, i hi ha vinculació entre les parts, per què aquestes celebren un precontracte i no el contracte definitiu? Si les parts desitgessin ajornar l'eficàcia del contracte, això podria fer-se establint un termini inicial. Si el que es vol mitjançant el precontracte és eludir una prohibició, legal o convencional, de contractar, o els requisits de capacitat necessaris per celebrar un contracte, estariem davant d'una clara situació de frau que hauria de conduir a la seva nul·litat. Una legítima justificació del precontracte podria trobar-se en la dificultat o impossibilitat per a les parts d'adoptar la forma requerida per la Llei per al contracte pretès. Les parts desitjarien vincular-se, i possiblement voldrien celebrar ja el contracte definitiu, però hi ha algun inconvenient per fer el contracte en aquest moment, com ara, tractant-se de contractes que hagin de constar en escriptura pública, la falta dels documents necessaris, o la impossibilitat momentània de fer front a les despeses notarials, registrals o fiscals que això suposa. En aquests casos podria ser útil la figura del precontracte, per aconseguir una vinculació entre les parts. Per tant, d'acord amb aquesta primera tesi, el precontracte tindria la seva major raó de ser en ordenaments en què es donessin les dues següents característiques: 1a.- L'exigència d'una forma específica per a la validesa d'un contracte; i 2a. - Que no subjectin el precontracte als mateixos requisits formals que el contracte definitiu.

Com dèiem, segons aquesta primera teoria, el contracte definitiu requereix una nova prestació del consentiment. Però, què passa si una de les parts es nega a prestar aquest consentiment? Dues respostes de diferent signe s'han donat a aquesta pregunta:

- a. - La posició més clàssica considera que la prestació del consentiment és un acte de caràcter personalíssim i incoercible, en el sentit que ni pot ser prestat per una altra persona que no sigui el contractant, ni a aquest se'l pot forçar a prestar el consentiment. Això determina que si una de les parts es nega a prestar el consentiment, es produirà un incompliment de l'obligació assumida mitjançant el precontracte, que s'haurà de resoldre en la indemnització dels danys i perjudicis causats per tal incompliment, però no en la celebració forçosa del contracte definitiu.
- b. - L'anterior teoria presenta l'inconvenient que no queda garantida l'efectivitat de l'obligació de contractar enfront de la negativa d'una de les parts. Per això, un sector de la doctrina admet que, en el cas en què un dels contractants es negui a prestar el consentiment per a la celebració del contracte definitiu, l'altra part podrà exigir judicialment la prestació d'aquest consentiment, fins al punt que, si persisteix la

negativa, serà el jutge qui podrà atorgar el consentiment necessari per al nou contracte. I així ho preveu l'art. 708 LEC.

Alguns Codis semblen seguir, amb diferents matisos, aquesta segona teoria. Així, l'art. 2247 del CC Federal de Mèxic comença dient que "Si el promitent refusa signar els documents necessaris per donar forma legal al contracte concertat, en la seva rebel·lia els signarà el jutge ...", i en termes anàlegs s'expressa l'art. 1683 del CC Guatemala. Però, que aquests preceptes no parlen de celebrar un nou contracte, sinó de formalitzar-lo, és a dir, de donar-li forma, concepte ben diferent, ja que suposa que el consentiment contractual ja existeix, ja ha estat prestat, i per tant no es requereix que el jutge el supleixi. Per la seva banda, l'art. 1418 del CC Perú diu que "La injustificada negativa de l'obligat a subscriure el contracte definitiu atorga a l'altra part, alternativament el dret a: 1. Exigir judicialment la celebració del contracte. 2. Sol·licitar que es deixi sense efecte el compromís de contractar. En un i altre cas hi ha lloc a la indemnització de danys i perjudicis". Cal fer notar que, en aquest cas, ja no es parla de formalitzar el contracte, sinó de "celebrar-lo", però el precepte no diu expressament que el jutge pugui prestar el consentiment necessari per al nou contracte. I, com s'ha dit, l'art. 708.1 LEC segueix també aquesta línia: "Quan una resolució judicial o arbitral ferma condemni a emetre una declaració de voluntat, transcorregut el termini de vint dies que estableix l'article 548 sense que hagi estat emesa per l'executat, el tribunal, mitjançant interlocutòria, ha de resoldre tenir per emesa la declaració de voluntat, si estan predeterminats els elements essencials del negoci".

B.- Tesi de la identitat entre precontracte i contracte definitiu. L'anterior teoria presenta com a inconvenient principal que, en exigir-se la celebració d'un nou contracte i per tant la prestació d'un nou consentiment contractual, no s'ofereix una solució satisfactòria als problemes derivats de la resistència d'un dels contractants a celebrar el contracte al qual s'ha compromès mitjançant el precontracte. El compliment forçós de l'obligació en forma específica mitjançant la prestació del consentiment pel jutge podria resultar una solució molt eficaç, però és dubtós que sigui jurídicament correcta, atès que el consentiment contractual únicament pot ser prestat personalment o mitjançant representació, legal o voluntària, però és molt discutible que admeti la seva execució forçosa.

Ja s'ha assenyalat que alguns codis que semblen partir de la tesi de l'existència de dos contractes -precontracte i contracte definitiu-, implícitament estan admetent la suficiència del consentiment precontractual per constituir el contracte definitiu, ja que no parlen de "celebració", sinó de "formalització" del contracte definitiu. I és que, segons la tesi més estesa, d'origen italià, el consentiment prestat quan s'atorga el precontracte fa innecessari un nou consentiment per a celebrar el contracte definitiu, amb la qual cosa s'identifiquen precontracte i contracte definitiu

Aquesta segona tesi té les següents implicacions:

1a. - En el precontracte ja han de constar tots els elements essencials del contracte definitiu. No es pot parlar de precontracte si en pactar queda algun element essencial per determinar, determinació que requeriria un nou acord entre les parts. No és obstacle per a l'existència del precontracte la manca d'algun dels seus elements -com tampoc ho seria per a l'existència del contracte definitiu- si aquest es pot deduir mitjançant el recurs a la autointegració, la Llei, els usos o la bona fe. Per tant, no és que en el precontracte es fixin les "bases" o línies mestres del contracte futur, sinó que hi consten tots els elements –essencials- que integraran el contracte definitiu. El que distingeix el precontracte del contracte definitiu és que, encara que en el precontracte ja es donen els requisits necessaris per a la posada en funcionament del contracte, aquesta posta en funcionament no es produeix de moment -i potser no s'arribi a produir mai-, sinó que cal esperar a un nou acte de voluntat d'una de les parts. En definitiva, el precontracte suposa l'existència d'un contracte amb tots els seus elements essencials, en el qual la seva eficàcia resta condicionada a la voluntat de les parts; quan es doni la voluntat, no cal cap nou acord per a la efectivitat del contracte, atès que el seu contingut ja estava plenament determinat amb l'acord precontractual.

2a. - Entre aquestes elements essencials del contracte s'hauria d'incloure, si és el cas, la forma. És a dir, si la Llei exigeix amb caràcter *ad solemnitatem* una forma determinada per a la celebració d'un contracte, el precontracte hauria d'atorgar-se en la mateixa forma requerida per al contracte definitiu.

En el cas en què regeixi el principi de llibertat de forma, i el precontracte s'atorgui en forma privada, si un cop manifestada la voluntat de posar en funcionament el contracte es vol dotar aquest d'una forma pública, cal tenir en compte que el contracte ja existirà, de manera que no estarem davant d'un nou contracte, sinó davant l'elevació a públic d'un contracte privat, contracte aquest últim

que ja reunirà tots els requisits necessaris per a la seva eficàcia. Per tant, per tal elevació a públic, no es requerirà un nou consentiment contractual, sinó que estem davant un acte degut que admetrà, en aquest cas sí, que la negativa d'una de les parts pugui ser suplerta per l'actuació judicial.

3a.- El fet que l'efectivitat del contracte quedi sotmesa a la voluntat dels contractants sembla permetre una assimilació del precontracte al contracte sotmès a una condició potestativa de les parts, de tal manera que quan alguna de les parts ho considerés oportú el contracte començaria a desplegar els seus efectes. L'acte en virtut del qual alguna de les parts decideix exercitar el seu dret i posar en funcionament el contracte es podria equiparar al compliment de la condició suspensiva que requeia sobre el contracte. Amb aquesta teoria del precontracte com a contracte condicional, el precontracte perdria la seva autonomia i fins i tot es faria superflu el seu concepte, en quedar engolit dins d'una de les modalitats dels contractes subjectes a condició.

No obstant això, encara que certament és evident el paral·lelisme entre precontracte i contracte subjecte a condició suspensiva potestativa, hi ha també algunes importants diferències entre ells: a) Si el contracte és condicional el compliment de la condició produirà efectes retroactius (art. 1120 CCEsp), que no existeixen en el precontracte; b) El contracte definitiu no es pot dir que existeixi fins que el precontracte s'exercita, mentre que el contracte condicionat ja ha nascut quan la condició encara està pendent. El precontracte no s'identifica -pel que fa a la seva existència, sí quant al seu contingut- amb el contracte definitiu, sinó que es "transforma" en el contracte definitiu. Això fa que la figura del precontracte tingui substantivitat pròpia.

4a.- El contracte definitiu és el resultat d'uns tractes preliminars que desemboquen en el precontracte, el qual, si la part o les parts volen (segons la promesa tingui caràcter unilateral o bilateral, respectivament), es transformarà en el contracte definitiu. Però el precontracte no se situa en la fase dels tractes preliminars, sinó que, igual que el contracte, és precisament el resultat d'aquests tractes, que desemboquen en un contingut contractual, que serà el del precontracte i, si escau, el del contracte definitiu.

5a.- El precontracte s'identifica amb el contracte definitiu; no estem davant d'un nou contracte, sinó davant d'una transformació que experimenta un mateix contracte, que passa d'estar *in potentia*, a estar *in actu*. El contracte existeix en potència, està

format, però perquè sigui efectiu i puguin resultar exigibles les obligacions que d'ell deriven cal un requisit més, requisit que depèn exclusivament d'un acte volitiu de les parts.

Les dues tesis són plenament acceptables, sempre que se sigui conseqüent respecte a les seves implicacions. La primera teoria encaixaria especialment en sistemes en què s'exigeixi forma específica per a la validesa d'un contracte i es permeti que el precontracte no estigui subjecte als mateixos requisits formals que el contracte definitiu, i en els quals s'admeti que el jutge pugui prestar el consentiment contractual davant la negativa d'una de les parts. Quant a la segona teoria és possiblement més operativa, en tant no requereix una reiteració en la prestació del consentiment contractual.

La proposta distingeix entre el compromís o pacte de contractar, i el precontracte. El primer, com es preveu en l'article següent, crea només una obligació de contractar, mentre que el segon s'identifica amb el contracte definitiu, pendent de la seva posada en funcionament per la decisió de qualsevol de les parts. S'ha considerat adient, doncs, preveure ambdues figures, que responen a les dues tesis que tradicionalment s'havien donat sobre el precontracte, atès que, si bé la figura més operativa és la segona, la primera també pot tenir la seva utilitat, com es veurà.

2.- Durada (apartats 3, 4 i 5)

Tal com preveia l'art. 25.2 LSSDA, es preveu una durada màxima de quatre anys. S'ha optat per fixar en aquest cas un termini cert, i no parlar, com es fa en altres llocs, d'un termini "raonable". El termini ha de ser forçosament curt, atès la gran vinculació que suposa per a les parts. Pot xocar que l'opció real tingui una durada màxima de 10 anys (art. 568-8.1), i la personal només de 4. Això pot tenir la seva explicació en què mentre el concedent d'un dret d'opció real pot alienar la cosa (a conseqüència de l'eficàcia real de l'opció), si l'opció és personal el concedent no pot alienar la cosa sense incomplir la seva obligació. Per això, atès que la limitació de la facultat dispositiva és superior en l'opció real que en la personal, s'ha optat per aquest termini més curt que, com s'ha dit, entronca per altra banda amb la tradició de la LSSDA, i amb l'art. 14 RH.

Si en el contracte no es fixa termini, es preveu un termini supletori d'un any; si el termini és superior als 4 anys, d'acord amb el principi de conservació del negoci

jurídic s'ha optat no per considerar el contracte nul, sinó que el termini s'haurà de reduir al màxim legal (4 anys). L'excepció és quan el precontracte formi part del contingut d'un altre contracte, com és el cas de l'arrendament amb opció de compra; en aquest cas, tal com preveia l'art. 25.4 LSSDA i el vigent 568-8.3, la durada del precontracte podrà ser la mateixa que la del contracte principal, encara que superi els 4 anys.

Atès que la pròrroga es considera com una modificació del contracte, es preveu que el període de pròrroga sumat a l'inicial no podrà excedir del màxim legal. Si es vol renovar el contracte, caldrà fer-ne un de nou.

3.- Cessió del contracte (apartat 6)

Atès que es tracta d'un contracte, no es pot cedir la posició contractual sense l'autorització de l'altra part contractant. Es preveu que aquesta autorització es pugui donar en el mateix contracte.

Article 612-33. Compromís de contractar

1.- En virtut del compromís de contractar les parts s'obliguen a concloure, dins del termini previst, el contracte definitiu.

2.- Si una de les parts es nega a prestar el consentiment per tal de concloure el contracte definitiu, l'altra part tindrà dret a exigir els danys i perjudicis causats per aquest incompliment.

3.- Són vàlids els pactes en els que les parts:

a.- Estipulen la quantia dels danys i perjudicis causants per l'incompliment del compromís.

b.- Acorden que, en cas de negativa d'una de les parts a prestar el consentiment per a concloure el contracte definitiu, l'autoritat judicial o un tercer podrà donar aquell consentiment.

COMENTARI

1.- Concepte de compromís de contractar (apartat 1)

Pot ser que per determinades raons no es pugui concloure el contracte definitiu, però les parts vulguin vincular-se. Potser que en aquest cas no sigui possible fer un precontracte perquè, com es veurà, aquest s'identifica amb el contracte definitiu. Aleshores pot ser útil el compromís de les parts per contractar,

que es un pacte, que es pot fer en qualsevol forma, i que els obliga, quan arribi el moment, a contractar (per exemple, quan hagi transcorregut el termini de les prohibicions de disposar, o quan obtinguin els permisos necessaris, o es compleixin uns determinats requisits, entre d'altres).

2.- Incompliment del compromís (apartats 2 i 3)

La norma general és que el compromís de contractar estableix l'obligació de contractar, la qual cosa implica que obliga a prestar un nou consentiment contractual. Malgrat l'art. 708.1 LEC, que estableix que el Tribunal pot emetre la declaració de voluntat, es considera que la regla general ha de ser que si una de les parts incompleix el compromís, l'altra només tindrà dret a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats; si es volgués quelcom més –és a dir, concloure el contracte-, les parts tindrien dues possibilitats: o bé pactar un precontracte, en el que el consentiment contractual ja s'entén prestat, o bé pactar que el consentiment el pugui prestar el jutge o un tercer una espècie de poder, de caràcter irrevocable.

Article 612-34. Precontractes

1.- Si les parts conclouen un precontracte, el compliment de les recíproques prestacions resta en suspens fins al moment en què qualsevol de les parts decideix, dins del termini previst, donar efectivitat al contracte.

2.- La decisió de donar efectivitat al contracte es farà mitjançant notificació fefaent d'una de les parts a l'altra, a qui li haurà d'arribar dins del termini de durada del precontracte.

3.- Una vegada rebuda la notificació a què fa referència l'apartat anterior, esdevindran exigibles les recíproques prestacions derivades del contracte.

COMENTARI

Mentre el compromís de contractar constituïa un contracte que donaria lloc a un nou contracte, el precontracte suposa un únic contracte, que es diferencia del contracte "ordinari" en què, de moment, les recíproques prestacions no són exigibles. A partir del moment en què qualsevol de les parts ho decideixi, el precontracte es posarà en funcionament. No es tracta, doncs, de donar un nou consentiment contractual –aquest ja ha estat donat- sinó que estem davant d'un

contracte amb tots els seus elements necessaris per produir efectes, si bé aquesta eficàcia resta pendent de la decisió de les parts (o només d'una de les parts si es tracta d'una opció).

És essencial que hi hagi un termini, que es determinarà segons les regles de l'art. 612-32.3. La decisió per donar efectivitat al contracte s'ha de fer saber a l'altra part dins del termini; aleshores, seguint les regles generals, el moment que es té en compte per veure si la notificació s'ha fet o no dins de termini és quan la notificació arriba a l'altra part.

Article 612-35. Precontracte d'opció o dret personal d'opció

1.- En el precontracte d'opció, només una de les parts, anomenada optant, té la facultat de fer exigibles les obligacions derivades del contracte. L'altra part, anomenada concedent, queda vinculada a la decisió de l'optant.

2.- El precontracte d'opció s'haurà de fer amb la mateixa forma i amb els mateixos requisits que la llei exigeix per a la conclusió del contracte definitiu.

COMENTARI

Abans d'entrar en el comentari del contingut de l'art. 612-35, cal fer una sèrie de precisions prèvies.

A.- L'OPCIÓ COM A PRECONTRACTE

Com hem dit, la conversió del precontracte en el contracte definitiu queda en mans de les parts. En funció de si les dues parts poden exigir aquesta transformació i la consegüent posada en funcionament del contracte, o només ho pot fer una d'elles, estarem davant d'un precontracte bilateral o unilateral, respectivament. El precontracte unilateral, en què només una de les parts resta obligada, l'anomenem opció.

La utilitat del precontracte (bilateral) ha estat qüestionada, atès que la recíproca vinculació de les parts l'equipara al contracte definitiu. En canvi, sí que existeix una importantíssima diferència entre el contracte definitiu i el precontracte unilateral, ja que en aquest últim únicament una de les parts està obligada; això és el que el separa radicalment del contracte, regit per la regla segons la qual la seva eficàcia no pot quedar a l'arbitri d'una sola de les parts. I d'aquesta opció o

precontracte unilateral sí es fa un freqüent ús en la pràctica. És freqüent sentir parlar, en el món immobiliari, de l'opció per comprar un determinat immoble, o en l'esfera empresarial de les anomenades *stock options*, i fins i tot en l'àmbit esportiu de l'opció per adquirir els drets sobre algun futbolista. Encara que en ocasions s'ha utilitzat la figura amb una finalitat de garantia, encobrint de vegades un *pactum comisorium*, l'opció també pot respondre a altres finalitats perfectament lícites, com ara concedir un termini de reflexió a l'optant sobre la conveniència de celebrar o no un determinat negoci, permetre reunir els diners necessaris per fer front a l'adquisició, o intentar aprofitar-se de l'eventual revaloració del bé sobre el qual recau l'opció.

En tot cas, el que convé ara deixar clar és que l'opció constitueix una modalitat de precontracte, que es caracteritza perquè la posada en funcionament del contracte només pot ser exigida per una de les parts, quedant l'altra a resultes del que aquella decideixi. Mentre l'optant pot exercir el seu dret i posar en marxa el contracte -sense que al seu torn pugui ser obligat per l'altra part- el concedent queda a expenses de la decisió del titular del dret d'opció. D'altra banda, en l'opció es donen totes les característiques del precontracte.

La majoria de codis civils que han regulat el precontracte segueixen aquest esquema de considerar l'opció com una modalitat de precontracte. Així ho fa el Codi civil del Perú de 1984 que, després dels arts. 1414-1418 dedicats al denominat "compromís de contractar", en l'art. 1419 regula el contracte d'opció: "Pel contracte d'opció, una de les parts queda vinculada a la seva declaració de celebrar en el futur un contracte definitiu i l'altra té el dret exclusiu de celebrar-lo o no". Segueixen així mateix aquest esquema el Codi civil Federal de Mèxic, i el Codi civil de Portugal. Però potser el codi més clar al respecte és el de Guatemala; els seus arts. 1674-1685 regulen "La promesa i l'opció"; l'art. 1675 diu que "La promesa de contracte pot ser unilateral o bilateral", i l'art. 1676 disposa que "La promesa unilateral és l'estipulació que una persona fa a favor d'una altra, atorgant-li l'opció d'adquirir una cosa o un dret en les condicions pactades i pel temps convingut".

B.- OPCIÓN PERSONAL I OPCIÓN REAL

La modalitat d'opció més utilitzada en la pràctica és, sens dubte, l'opció de compra. Aquesta opció encaixa dins del marc del precontracte. El concedent queda vinculat, i assumeix una obligació de caràcter negatiu consistent en no fer res que

obstaculitzi el possible exercici de l'opció, com podria ser alienar la cosa a un tercer. Si el concedent porta a terme tal alienació, el dret de l'optant esdevindrà ineficaç, ja que el seu dret de crèdit és davant del concedent, i només en front seu el podrà exercitar, però no davant terceres persones, a conseqüència de la seva naturalesa personal. Per això, en l'opció personal no només pot existir el perill abans apuntat que el concedent es negui a subscriure el contracte definitiu, sinó que pot existir la impossibilitat material de dur a terme aquest contracte, en el cas que el concedent hagi alienat la cosa a un tercer. Efectivament, si es porta a terme aquesta alienació, l'optant no pot exercir el seu dret d'opció enfront d'aquest tercer i, normalment, només podrà exigir al concedent la indemnització pels danys i perjudicis causats pel seu incompliment, però no podrà adquirir el bé com pretenia.

La solució a aquest inconvenient podria ser, d'una banda, fer oposable al tercer aquest el dret d'opció, el que es podria aconseguir mitjançant la seva inscripció en el Registre de la Propietat, inscripció que la Llei espanyola permet en l'art. 14 del seu Reglament Hipotecari, tot i tractar-se d'un dret personal. L'altra possibilitat seria configurar l'opció com un dret real, el que la dotaria intrínsecament de l'eficàcia *erga omnes* necessària per ser exercitable davant de qualsevol tercer adquirent.

L'alternativa de configurar l'opció amb caràcter personal o real estava prevista a la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, servitud, i adquisició voluntària o preferent (LSSDA). L'art. 20.1 LSSDA començava dient que "Els drets d'adquisició poden tenir naturalesa real o personal". En el dret vigent, l'opció real està regulada als arts. 568-1 i ss. CCCat, i en aquest treball proposem una regulació de l'opció personal dins del marc del precontracte.

Així doncs, segons la redacció que proposem, en el dret civil català l'opció no sempre és un precontracte (no ho serà si és de naturalesa real), de la mateixa manera que el precontracte no sempre és una opció (no ho serà si la vinculació té caràcter bilateral). En l'opció real, el contracte generador del dret d'opció desapareix en constituir aquest dret. L'única funció de tal contracte és crear el dret d'opció. Un cop creat aquest dret d'opció de naturalesa real, el dret adquireix autonomia i vida pròpia, independitzant del contracte que l'ha originat. Si s'exercita l'opció i es produeix l'adquisició del bé, aquesta adquisició no té naturalesa contractual, sinó que constitueix una manera d'adquirir diferent.

La distinció entre l'opció real i la personal és important. A part d'altres aspectes més de detall- com pot ser, per exemple, la forma de constitució, o el termini màxim de durada del dret-, hi ha una sèrie de transcendents diferències entre opció una i altra:

1.- L'opció personal la pot exercitar l'optant únicament davant del concedent, mentre que la real és exercitable *erga omnes*. Mentre aquesta última la pot exercitar directament l'optant enfront del tercer, per a l'exercici de l'opció personal es requerirà sempre la intervenció del concedent.

2.- La regla general és que l'opció personal no és oposable a tercers; l'excepció serà el cas en què l'opció personal es trobi inscrita en el Registre -i també quan el tercer sigui de mala fe-. En canvi, l'opció real, a conseqüència de la seva publicitat registral quan recaigui sobre immobles (art. 568-2.1), sempre serà oposable a tercers.

3.- Mentre "l'exercici d'un dret d'adquisició de naturalesa real comporta l'adquisició de la cosa ..." (així ho deia clarament l'art. 29.1 LSSDA), "l'exercici d'un dret d'adquisició de naturalesa personal comporta l'exigibilitat del compliment de l'obligació de lliurament de l'objecte "(art. 30.1 LSSDA), lliurament que serà el que produirà l'adquisició de la propietat. Per tant, la diferència es troba en les conseqüències de l'exercici de l'opció: l'eficàcia adquisitiva immediata en el dret real d'opció, davant l'exigibilitat de l'obligació de lliurament de la cosa si l'opció és personal. En l'opció real l'adquisició no és contractual, i en conseqüència no seria necessària la *traditio* per a l'adquisició del domini (si bé el Legislador la podria exigir sense contradir l'essència de la figura); en canvi, l'exercici de l'opció personal suposa la transformació del precontracte en el contracte definitiu, el que produirà les mateixes conseqüències que la perfecció de tot contracte: l'exigibilitat de les recíproques obligacions, però no l'adquisició de la propietat, que precisa de la *traditio*.

1.- Dret personal d'opció (apartat 1)

Configurada l'opció com un precontracte, es caracteritza perquè la facultat de posar en funcionament el contracte correspon només a una de les parts, l'optant, que generalment haurà pagat un preu per tal d'aconseguir aquesta facultat de decisió.

2.- Forma (apartat 2)

El precontracte d'opció, com tot precontracte, s'identifica amb el contracte definitiu. No es tracta de concloure un nou contracte, sinó que el contracte passi a tenir eficàcia. Per això és lògic que la forma del precontracte d'opció sigui la mateixa que la del contracte definitiu, ja que es tracta del mateix contracte.

Article 612-36. Opció de compra

1.- L'opció de compra es pot constituir amb caràcter personal, com un compromís de contractar o com un precontracte, o amb naturalesa real, cas en què es regeix pels articles 568-1 i següents d'aquest codi.

2.- Si, constituïda una opció de compra en escriptura pública, no s'especifica la seva naturalesa real o personal, s'entendrà que és de naturalesa personal.

3.- El dret personal d'opció de compra pot tenir accés al Registre de la Propietat d'acord amb la legislació hipotecària.

4.- Són aplicables al dret personal d'opció de compra, quant a la conservació i la pèrdua dels béns sobre els que recau, i el règim de despeses, fruits i millores, les disposicions dels articles 568-10 i 568-11 d'aquest codi.

5.- Els béns sobre els que recau un dret personal d'opció de compra no es poden alienar pel seu propietari, tret que el titular del dret d'opció doni el seu consentiment. Només es podran gravar si s'acorda l'extinció del gravamen amb l'exercici del dret d'opció.

COMENTARI

1.- Modalitats de l'opció de compra (apartat 1)

Un dret d'opció de compra pot tenir fins a 4 modalitats:

a.- Compromís de contractar: una de les parts s'obliga en front l'altra a transmetre-li in determinat bé.

b.- Precontracte d'opció de compra (opció personal): es diferencia de l'anterior en què el que hi ha no és una obligació de contractar, sinó que el contracte definitiu ja existeix.

c.- Opció de compra inscrita: també de naturalesa personal, amb la particularitat respecte a les dues anteriors en què pot ser oposable a tercers.

d.- Opció de naturalesa real: no és només oposable a tercers, sinó exercitable directament enfront els tercers.

2.- Naturalesa de l'opció (apartat 2)

El precontracte d'opció es pot constituir en qualsevol forma (sempre que, com hem dit, aquesta coincideixi amb la forma exigida per al contracte definitiu). Si es constitueix en document privat, el dubte davant de si l'opció és de naturalesa real o de naturalesa personal es resoldrà a favor d'aquesta segona possibilitat, ja que l'opció real s'ha de constituir en escriptura pública (art. 568-2.1). Però si es constitueix en escriptura pública, pot sorgir el dubte de si l'opció és de naturalesa real o personal. L'art. 20 LSSDA resolvia expressament la qüestió, quan deia que “[s]ón reals només quan se'ls constitueix com a tals en escriptura pública i s'inscriuen en el registre corresponent [...]”. Aquesta mateixa línia segueix la redacció de l'art. 21.3 que proposem.

3.- Accés al Registre de la Propietat (apartat 3)

Es permet que, si es tracta d'un dret personal d'opció de compra, aquest pugui tenir accés al registre de la propietat, d'acord amb el que estableix el Reglament Hipotecari.

4.- Conservació de la cosa i despeses (apartat 4)

El propietari està obligat a conservar els béns sobre els que recau el dret d'opció, i l'optant té la facultat d'inspeccionar el bé, en els termes de l'art. 568-10. Aquest mateix article regula el règim de despeses, fruits, accessions i millores. I també és aplicable l'art. 568-11, relatiu a la pèrdua, total o parcial, de l'objecte.

Si s'exercita el dret d'opció, el seu titular té dret a rebre la cosa en l'estat, físic i jurídic, en què es trobava en constituir el dret. Per tant, la regla general ha de ser que no es pot gravar el bé; l'excepció seria que s'acordés amb el titular del dret l'extinció del gravamen en cas d'exercici del dret d'opció (d'altra manera, si el dret d'opció no està inscrit al Registre, el dret d'opció no seria oposable al tercer titular del gravamen).

5.- Alienació del bé sobre el qual recau el dret d'opció (apartat 5)

Quant a l'alienació del bé, no és possible a conseqüència del caràcter personal del dret d'opció: la relació no és amb la cosa, sinó amb el seu propietari. Només serà possible si el titular del dret d'opció dóna el seu consentiment a l'alienació, i en aquest cas el pacte hauria d'establir les conseqüències en cas que

es vulgui exercir l'opció (si l'alienació quedarà sense efecte, si es pot exercir l'opció enfront el tercer, o si l'autorització implica una renúncia a l'exercici de l'opció).

Article 612-37. Exercici de l'opció

- 1.- L'exercici del dret personal d'opció comporta l'exigibilitat del compliment de l'obligació de lliurament de l'objecte i, si escau, del pagament de la contraprestació.*
- 2.- Si l'objecte es troba legalment en poder de terceres persones, és procedent la indemnització de danys i perjudicis.*

COMENTARI

Reproduint el que disposava l'art. 30 LSSDA, es reiteren les conseqüències de l'exercici del dret d'opció:

- 1.- No cal fer un nou contracte: n'hi ha prou amb la notificació de l'exercici;
- 2.- Per exercir el dret no cal pagar el preu de moment: l'exercici només fa exigible el pagament d'aquest preu;
- 3.- Si l'objecte el té un tercer, l'opció personal no es pot exercir, i per regla general no hi ha altra solució que la indemnització de danys i perjudicis, tret que el tercer fos de mala fe i es pogués aconseguir la rescissió de l'alienació.

Subsecció cinquena: pactes de preferència

INTRODUCCIÓ

Els pactes de preferència o drets d'adquisició preferent es caracteritzen perquè la facultat adquisitiva del titular del dret queda condicionada a la intenció d'alienar del propietari. Concedeixen al seu titular el dret a ser "preferit" respecte a "altres" possibles adquirents, però si no hi ha voluntat d'alienar per part del propietari la preferència no es pot fer efectiva.

El dret d'adquisició preferent per excel·lència és el tanteig. Així com l'opció pot tenir, com s'ha dit, naturalesa personal però també naturalesa real, el dret de tanteig té naturalesa personal. Aleshores, perquè el trobem regulat al Llibre cinquè CCCat relatiu als drets reals, arts. 568-13 i ss.? La raó és que el dret de tanteig rarament es presenta aïllat, sinó que va generalment unit al dret de retracte, que té naturalesa real. És a dir, quan el dret de tanteig no s'ha pogut exercitar per causes no imputables al seu titular, sinó que el bé s'ha transmès a un tercer burlant aquella preferència, sorgeix el dret de retracte com a segona fase del que s'anomena "dret de tanteig i retracte". Però, tot i que no és el més habitual, el dret de tanteig també pot presentar-se "aïllat", i en aquest cas la seva naturalesa és purament personal.

La característica essencial del tanteig és que atorga al seu titular una preferència davant dels tercers. El dret de tanteig constitueix el paradigma dels drets d'adquisició preferent, però el cert és que poden existir altres modalitats que, en molts casos, han de respondre millor a les necessitats de les parts.

El tanteig implica la preferència enfront un tercer; per tant, és necessària la intervenció d'un tercer. Així doncs, el tanteig implicarà:

1. - Una negociació i un acord amb un tercer, acord que tindrà la virtut de determinar el preu i altres condicions que haurà de satisfer el titular de la preferència per aconseguir l'adquisició.
2. - La igualació de les condicions pactades amb el tercer, circumstància que impedeix l'exercici de la preferència quan aquestes condicions siguin de tal naturalesa que no es puguin igualar. Aquest és el requisit característic del dret de tanteig; així ho establí clarament l'art. 19.b LSSDA, que deia que el dret de tanteig atorga al seu titular la facultat d'adquisició preferent en les adquisicions

oneroses en les quals el seu titular "pugui fer o donar la contraprestació a què s'hagi compromès l'adquirent".

El tanteig es caracteritza, per tant, per l'existència d'un acord transmissiu del concedent amb un tercer, i pel caràcter fungible de la contraprestació oferta per aquest tercer, fungibilitat que apareix en la compravenda -en què la contraprestació la constitueix el bé fungible per excel·lència, els diners -, però també, com apuntava correctament la LSSDA, en tota "alienació onerosa en què el titular del dret pugui donar o fer la contraprestació a què s'hagi compromès l'adquirent". Aquestes característiques poden satisfer, almenys aparentment, els interessos del propietari gravat, però no les del titular del dret, ni els de possibles tercers adquirents del bé.

El titular del tempteig fàcilment pot veure defraudat el seu dret si el propietari realitza l'alienació a títol gratuït, o a canvi d'una contraprestació no fungible. De manera no molt clara, el CCCat permet pal·liar en part aquest inconvenient de dues maneres:

- a.- Preveient la possibilitat de pactar que es pugui exercir respecte a segones transmissions oneroses (art. 568-14.1).
- b.- Establint a l'art. 568-14.3 que "les transmissions gratuïtes, entre vius o per causa de mort, no afecten el dret de tanteig".

El dret de tempteig tampoc satisfà als tercers interessats en l'adquisició del bé, perquè hauran de començar unes negociacions i concloure uns acords, amb les consegüents despeses de temps i diners que això implica, sabent que hi ha un tercer amb un poder d'exclusió que podrà fer inútils aquestes despeses i esforços. El tercer pot haver estat lluitant per unes condicions contractuals de les que no se'n beneficiarà ell, sinó el temptejant si decideix exercir el dret de tempteig. Aleshores, lògicament, aquest inconvenient per als interessats en el bé podrà repercutir negativament en el propietari, a qui li serà més difícil trobar tercers que vulguin entrar en negociacions per celebrar un contracte que és possible que per ells mai arribi a ser efectiu.

Per evitar els inconvenients apuntats, es fan necessaris altres tipus de drets de preferència, diferents del tempteig.

- a.- Una nova modalitat permetria exercir la preferència amb independència de si el tercer ofereix o no una contraprestació, i tant si aquesta és o no fungible. El titular del dret hauria d'abonar en aquest cas el valor de la cosa. Un exemple el trobem a

l'art. 561-10, que concedeix un dret de preferència al nu propietari en el cas de transmissió gratuïta del dret d'usdefruit, abonant "el valor notificat per l'usufructuari".

b.- Així mateix, es podria admetre una preferència condicionada no a l'existència d'un acord amb un tercer, sinó a la intenció d'alienar del propietari. Es tractaria d'una figura a mig camí entre un dret d'opció -l'adquisició no depèn de la voluntat del titular del dret, sinó del concedent-, i un dret de preferència - falta l'acord amb el tercer; el poder d'exclusió no es donaria respecte a una persona en concret, sinó en relació als tercers en general -. Seria el cas en què el concedent, un cop presa la decisió d'alienar i abans d'entrar en negociacions amb tercers, estigués obligat a oferir la cosa el titular de la preferència, a canvi d'una contraprestació prèviament estipulada, o fixada d'acord amb criteris objectius.

Per tant, el tanteig és una de les modalitats que poden oferir els drets d'adquisició preferent, però no l'única. La nota que ha de caracteritzar els drets d'adquisició preferent és que la seva eficàcia queda subordinada a la decisió d'alienar del concedent. Un cop aquest "fet jurídic determinant" ha tingut lloc, la preferència pot consistir en igualar exactament les condicions ofertes per un tercer (tempteig), però també en oferir un preu equivalent al valor de la cosa, o abonar al concedent qualsevol altra contraprestació prèviament acordada.

La distinció entre el tempteig i altres drets d'adquisició preferent ha aparegut tímidament en algunes lleis civils estatals, però no s'ha arribat a consolidar. L'art. 89 de la Llei d'Arrendaments Rústics de 31 de desembre de 1980, era un exemple clar d'aquesta distinció, en restringir el concepte de tempteig a la preferència sorgida en cas de venda a un tercer, mentre que si s'estava davant un negoci diferent (onerós o gratuït), la denominació utilitzada era la de "dret d'adquisició preferent".

Hi ha, per tant, alternatives al tempteig, que poden solucionar alguns dels inconvenients que aquestes figures plantegen, i que es proposaran en el present articulat.

Article 612-38. Drets de preferència

Són drets de preferència:

a.- El dret de tanteig, que atorga al seu titular una preferència en els contractes onerosos en què el titular del dret pot donar o fer la contraprestació a què s'ha compromès un tercer. Si així es preveu en el títol constitutiu, i sempre que en aquest s'estableixi la forma com es determina el valor del bé, el dret de tanteig també pot

atorgar al seu titular una preferència en els contractes gratuïts i en els onerosos en els que el titular del dret no pugui donar o fer la contraprestació a què s'hagi compromès el tercer.

b.- El dret d'opció preferencial, que atorga al seu titular una preferència a canvi d'una contraprestació determinada o determinable.

COMENTARI

Primer que tot, cal matisar que l'article es refereix als drets de preferència en relació a qualsevol contracte (per exemple, una preferència per llogar), i no únicament a la preferència per a l'adquisició de la propietat, que és el supòsit més habitual, i és aquell al que es refereixen els arts. 568-1 i ss.

D'acord amb el que s'ha dit anteriorment, s'enumeren les distintes modalitats de drets de preferència de naturalesa personal:

a.- El dret de tanteig es caracteritza per la intervenció d'un tercer; no és que simplement el propietari pretengui alienar o concloure un determinat contracte (llogar per exemple), sinó que ja existeix un tercer amb el que s'arriba a un acord. El supòsit tipus és aquell en què la contraprestació que ofereix el tercer és fungible. Però, per als casos en què no sigui fungible —o, simplement, no hi ha contraprestació perquè es tracta d'un contracte gratuït—, també es preveu que, si així s'ha pactat, es pugui exercitar la preferència a canvi d'un valor, determinat o determinable; és essencial que es prevegi la forma com es determina el valor del bé, d'altra manera la preferència serà nul·la.

b.- El dret d'opció preferencial, que es caracteritza perquè per a la seva operativitat només fa falta la intenció de contractar per part del concedent del dret. La contraprestació a abonar pel titular de la preferència es determina aleshores no per l'acord al que s'hagi pogut arribar amb un tercer (que, com diem, no existeix), sinó que està prèviament fixada en el títol constitutiu (és determinada o determinable).

Article 612-39. Dret de tanteig

1.- El dret de tanteig obliga al concedent o als seus successors a títol gratuït o lucratiu a notificar al tercer que entra en negociacions amb ell l'existència del dret de tanteig d'origen convencional. L'eventual acord al que hagin pogut arribar restarà en suspens fins que transcorri el termini per a l'exercici del dret.

2.- El concedent ha de notificar fefaentment, al titular del dret de tanteig, l'acord al que, en el seu cas, hagi arribat amb el tercer. El titular del dret podrà exercir la seva

preferència en el termini pactat i, a falta de pacte dins els dos mesos a comptar de l'endemà del dia de la notificació. Si no exercita la preferència dins el termini corresponent, l'acord amb el tercer esdevindrà efectiu

3.- Si el titular del dret de tanteig decideix exercir la seva preferència, ho haurà de notificar de manera fefaent al concedent, qui ho comunicarà sense demora injustificada al tercer.

4.- El dret de tanteig no és oposable al tercer si aquest desconeix la seva existència.

COMENTARI

Es contempen les diferents fases en el dret de tanteig, tenint en compte que aquest dret només comença a tenir conseqüències a partir del moment en què el concedent pretén contractar; fins a aquest moment, ni el concedent està obligat a res, ni el titular del dret pot fer res. Aleshores, si el concedent pretén contractar i no es dirigeix al titular del dret, sinó que entaula negociacions amb un tercer, s'inicia un procediment que inclou les següents fases:

1.- Advertiment al tercer de l'existència del dret de tanteig (apartat 1), i que per tant el seu eventual acord pot quedar en no res. Si no hi ha notificació, el dret de tanteig no serà oposable al tercer (apartat 4), tret que aquest conegui la seva existència per algun altre mitjà, circumstància que s'haurà de provar. Aquest eventual acord restarà en suspens fins que se resolgui l'exercici o no del tanteig. Cal advertir que aquesta obligació s'estén als successors *mortis causa* i als successors entre vius a títol gratuït, ja que en aquest cas, en no haver-hi contraprestació, la preferència no es podria exercir.

2.- En segon lloc, si s'arriba a un acord amb el tercer, caldrà notificar aquest acord al titular del tanteig (apartat 2), qui podrà exercir el seu dret en el termini corresponent (s'ha adoptat el termini de l'art. 568-14.4). El termini és, lògicament, de caducitat, com diu expressament l'art. 568-14.4.

L'exercici del tanteig obliga a dues notificacions (apartat 3): la del titular del dret al concedent, i la d'aquest al tercer.

Article 612-40. Conseqüències de l'exercici del dret de tanteig

1.- Per l'exercici del dret de tanteig el seu titular quedarà subrogat en l'acord a què s'hagi arribat amb el tercer, amb exclusió d'aquelles clàusules que s'hagin establert en consideració especial a la persona del tercer.

2.- Si el dret de tanteig s'ha pactat també per als contractes gratuïts, o per als onerosos en què la contraprestació no sigui dinerària, l'exercici de la preferència donarà lloc a l'obligació de concloure un contracte entre el concedent i el titular del dret de tanteig.

3.- Si el dret de tanteig no es pot exercitar per causes imputables al concedent, el titular del dret de tanteig tindrà dret a la indemnització dels danys i perjudicis que se li hagin causat.

COMENTARI

1.- Subrogació en l'acord transmissiu (apartat 1)

Si el titular del dret exerceix el dret de tanteig, se subroga en l'acord al que s'hagi arribat amb el tercer. S'ha considerat adient introduir una excepció, en relació a les clàusules establertes en consideració especial a la persona del tercer que, lògicament, al ser *intuitu personae*, haurien de quedar fora del contracte definitiu. En qualsevol cas, aquestes clàusules no haurien d'afectar als elements essencials del contracte, com per exemple al preu.

2.- Contractes gratuïts (apartat 2)

Tal com succeeix en l'art. 561-10.1 respecte a la transmissió del dret d'usdefruit, en què la preferència es contempla també per al cas en què la transmissió sigui gratuïta, es preveu la possibilitat que el dret de tanteig es pugui pactar també per als casos en què la contraprestació onerosa no sigui fungible (per exemple, en molts casos de permuta), o quan no hi hagi contraprestació. Aleshores, no hi haurà subrogació en l'acord amb el tercer, sinó que la preferència donarà lloc a l'obligació de concloure un nou contracte en el que, lògicament, caldrà fixar una contraprestació, que no haurà de ser fruit de la negociació actual (això implicaria que si no hi ha acord la preferència no es podria exercitar), sinó que hauria de fixar-se per circumstàncies objectives (no, a diferència del 561-10.1, pel valor que el concedent doni al dret).

3.- Indemnització de danys i perjudicis en cas d'incompliment (apartat 3)

A conseqüència de la naturalesa personal del dret de tanteig, l'incompliment de les seves obligacions per part del concedent no donarà lloc a un eventual retracte, sinó a la indemnització dels danys i perjudicis.

Article 612-41. Dret d'opció preferencial

1.- El dret d'opció preferencial atorga al seu titular una preferència per al cas que el concedent vulgui contractar sobre l'objecte de la preferència. El títol constitutiu de l'opció haurà de fixar el preu per el qual es podrà exercir la preferència, i les altres circumstàncies rellevants del contracte.

2.- Si el concedent pretén dur a terme el contracte projectat, està obligat a notificar-ho al titular de l'opció, qui, dins del termini d'exercici pactat o, si no hi ha pacte, dins els dos mesos a comptar de l'endemà del dia de la notificació, podrà exercir la seva preferència mitjançant notificació fefaent dirigida al concedent.

3.- L'exercici de la preferència donarà lloc a l'obligació de concloure un contracte entre el concedent i el titular del dret d'opció preferencial.

4.- Si la preferència no es pot exercitar per causes imputables al concedent, el titular del dret d'opció tindrà dret a la indemnització dels danys i perjudicis que se li hagin causat.

COMENTARI

1.- Concepte (apartat 1)

El dret d'opció preferencial és, com s'ha dit abans, un dret a mig camí entre l'opció i el tanteig. De l'opció pren que no cal la intervenció d'un tercer, i que per tant les circumstàncies de com quedarà l'eventual contracte ja estaran prèviament especificades en el títol constitutiu. Del tanteig pren que no es pot obligar al concedent a alienar, sinó que només operarà quan el concedent vulgui, no quan desitgi l'optant. En definitiva: no és opció perquè la decisió no està en mans de l'optant, sinó en mans del concedent; i no és tanteig perquè no s'ha d'igualar l'oferta d'un tercer, sinó pagar la quantitat prèviament estipulada.

2.- Eficàcia del dret (apartat 2)

Una vegada el concedent decideix contractar, s'inicia un procés similar al que té lloc en relació al dret de tanteig, amb la fonamental diferència que el que no es notifica al titular del dret no és l'acord amb el tercer, sinó la decisió de contractar, contracte que, si és el cas, es farà d'acord amb les condicions prèviament estipulades.

3.- Exercici de la preferència (apartat 3)

Si el titular del dret vol exercitar la seva preferència, no hi ha lògicament subrogació en cap contracte, sinó només l'obligació de concloure un contracte segons les condicions ja pactades. Però el titular del dret no està obligat a contractar; com en l'opció, l'únic obligat a contractar és el concedent.

4.- Incompliment per part del concedent (apartat 4)

Si el concedent contracta directament amb un tercer, o si, tot i donar la notificació de què vol alienar no vol concloure el contracte definitiu, hi ha un incompliment contractual que donarà lloc a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats; la raó, en aquest segon supòsit, és que no podem parlar d'un precontracte (en aquest cas el consentiment per al contracte definitiu ja estaria prestat) sinó d'un mer compromís de contractar.

Subsecció sisena: conclusió del contracte per subhasta i concurs COMENTARI

La conclusió del contracte pot també dur a terme per altres mitjans: la subhasta i el concurs. Tots dos procediments tenen en comú que a una proposta d'una de les parts podran seguir propostes de diversos interessats, i que la selecció d'aquestes propostes es farà per criteris que poden ser objectius (el major preu en la subhasta) o també d'una altra índole (les condicions personals dels concurrents en el cas del concurs).

1.- La subhasta

La subhasta suposa que el contracte se celebrarà amb aquell dels interessats que ofereixi la millor postura en la licitació. Es poden distingir tres fases en la formació del contracte per subhasta:

a.- L'anunci de la subhasta, en el qual s'estableixen les regles del procediment, i el projecte de contracte (és a dir, el contingut del mateix, excepte el preu). Aquest

procediment i contingut vincula l'anunciant, però també als qui participen en la subhasta, que pel fet de participar s'entén que ho accepten.

b.- La licitació dels interessats en la subhasta, en la qual estableixen el preu pel qual estan disposats a contractar.

c.- La rematada o adjudicació al millor postor.

En la doctrina s'han donat diverses opinions al voltant de la naturalesa de la subhasta, que determinaran quan es produeix la perfecció del contracte. Una primera tesi assimila la formació del contracte per subhasta a la formació per la concurrència d'oferta i acceptació; l'anunci de la subhasta seria l'oferta, i les postures una acceptació condicionada al fet que sigui la millor oferta econòmica. En canvi, per a un altre sector de la doctrina, la subhasta constitueix un mecanisme autònom de contractació, en el qual l'anunci de la subhasta no constituïria una oferta, sinó una invitació a la formulació d'ofertes, sotmeses aquestes a l'acceptació de l'anunciant; aquesta és la tesi que, com veurem, segueix l'art. 1260 PM.

La qüestió no és merament dogmàtica, sinó que té una gran transcendència pràctica pel que fa a la perfecció del contracte. Si s'adopta la teoria de l'oferta i l'acceptació, el contracte es perfeccionaria amb l'oferiment de la major postura, de manera que la rematada de la subhasta no constituïria sinó la constatació del compliment de la condició, és a dir, que la postura en qüestió és la superior. Per l'altra tesi, en canvi, es requereix l'aprovació de l'anunciant perquè es pugui entendre conclòs el contracte, i si, tot i tractar-se de la millor oferta, aquesta no és acceptada per l'anunciant, aquest únicament podria incórrer en una responsabilitat precontractual, però no la podria forçar a contractar.

Aquesta última tesi és la que es recull en l'art. 1260.2 PM: "En les subhastes i concursos convocats per subscriure un contracte, només s'entendrà aquest celebrat quan hagi recaigut l'aprovació o adjudicació del convocant, llevat que s'estableixi una altra cosa expressament en la convocatòria o resulti dels usos". I davant la resistència de l'anunciant a acceptar la millor licitació, l'esmentat art. 1260.2 PM sembla donar a l'incompliment de l'anunciant la mateixa transcendència que a la ruptura injustificada d'unes negociacions: "La inobservança per aquest [el convocant] de les regles de la convocatòria o el seu posterior modificació podrà donar lloc a la indemnització a què es refereix el segon incís de l'apartat 5 de l'article 1245"; es tractaria, per tant, d'una simple indemnització per responsabilitat precontractual.

2.- El concurs

La contractació per concurs suposa que el contracte se celebrarà amb aquell dels interessats que reuneixi els millors requisits, no només econòmics, sinó també professionals o d'altra índole. Igual que la subhasta, suposa una selecció entre els interessats, amb la diferència que no s'atén únicament a la millor postura, sinó també a altres circumstàncies.

Igual que en la subhasta, podem distingir tres fases:

- a. - L'anunci del concurs, que establirà les regles de la convocatòria i el projecte de contracte.
- b. - La presentació de les propostes per part dels diferents concursants.
- c. - L'elecció de la millor proposta d'acord amb les regles que preveu la convocatòria. Aquesta elecció pot no realitzar l'anunciant, sinó un tercer a qui aquell encarregui la resolució del concurs, encara que, això sí, haurà de seguir criteris establerts a la convocatòria.

Les tres fases esmentades se situen a l'estadi precontractual, de manera que no hi ha ni un vincle equivalent al que produeix l'oferta ni amb l'anunci de concurs, ni amb la presentació de la proposta. Un cop feta la selecció de la millor proposta, s'ha de concloure el contracte entre anunciant i concursant, i la negativa d'algun d'ells donarà lloc a responsabilitat precontractual.

Article 612-42. Conclusió del contracte per subhasta i concurs

1.- La convocatòria de la subhasta o concurs determina l'obligació per part del convocant de concloure el contracte amb la persona que ha presentat la superior licitació o la millor proposta.

2.- La presentació d'una licitació o d'una proposta obliga a qui la presenta a concloure el contracte en el cas que la licitació o proposta sigui acceptada pel convocant.

3.- La conclusió del contracte format mitjançant subhasta o concurs requereix la prestació del consentiment per ambdues parts. Si qualsevol de les parts es nega a la prestació del consentiment per a la conclusió del contracte, l'altra part tindrà dret a exigir responsabilitat pels danys i perjudicis ocasionats.

4.- El que disposa aquest article s'entén sens perjudici del que estableix la LEC respecte a les subhastes judicials, i el que preveuen les altres disposicions específiques.

COMENTARI

Com s'ha posat de relleu, s'han donat moltes teories respecte a si la convocatòria de subhasta o concurs, o les licitacions o propostes, constitueixen una oferta de contracte. A diferència del que fa l'art. 1260.2 PM (que considera que hi ha oferta per part de qui participa en la subhasta o concurs, no pas en el qui el convoca), s'ha considerat que no són ofertes ni la convocatòria ni les licitacions o propostes. Tampoc s'ha considerat adient equiparar-les a les simples negociacions, com fa l'esmentat art. 1260.2 PM. Hi ha una obligació de concloure el contracte, però, atès que la prestació del consentiment és un acte personalíssim, en cas de negativa a prestar-lo sorgirà l'obligació de reparar els danys i perjudicis causats per l'incompliment; aquests danys i perjudicis serien superiors als que podrien derivar d'una responsabilitat per culpa *in contrahendo*.

Tot això s'entén sens perjudici de les disposicions específiques que regulen certs tipus de subhasta, com les subhastes judicials, les notariales, o els concursos administratius.

Secció tercera: LA INTERPRETACIÓ DEL CONTRACTE

Article 612-43. Intenció comuna de les parts

- 1.- *En la interpretació dels contractes s'ha de cercar la voluntat comuna de les parts, encara que no coincideixi amb el sentit literal de les paraules que han emprat.*
- 2.- *No obstant l'anterior, si una part va donar a algun terme o clàusula del contracte una interpretació particular que, en el moment de la perfecció del contracte, l'altra part coneixia o no podia ignorar, el terme o la clàusula s'interpreta en el sentit particular que li va donar la part.*
- 3.- *Si el contracte no es pot interpretar conforme als dos paràgrafs anteriors, s'interpreta com ho farien dues persones raonables de la mateixa condició que les parts del contracte.*

CONCORDANCES

Arts. 1362 CC Itàlia, 5:101(2) PECL, II. – 8:101(1) DCFR, 4.1.1. Unidroit PICC, 1278 PMCC, 136(1) Projecte Terré, 58(1) CESL, 5:101(2) PECL, II. – 8:101(2) DCFR,

1278(2) PMCC, 58(2) CESL, 4(2) PICC, 5:101(3) PECL, II.-8:101(3) DCFR, 58(3) CESL, 4(1) Unidroit PICC, 1278(3) PMCC, 136(2) Projecte Terré

COMENTARI

1.- Introducció

La interpretació del contracte és aquella activitat adreçada a determinar i fixar la concreta voluntat de les parts contractuals, no només la respectiva voluntat individual, sinó la voluntat comuna d'ambdues parts. No sempre és una tasca fàcil, ja que cal esbrinar quina va ser la voluntat de les parts (la "intenció" a que es refereix l'art. 1281 Cc) i el "sentit" (arts. 1284 i 1285) de les seves respectives declaracions, i que no té per què correspondre amb el sentit literal de les paraules concretes que van escollir les parts a di d'expressar la seva voluntat.

La interpretació comporta dues grans etapes: una primera que passa per la fixació dels fets i la captació de la voluntat expressada; i una segona de qualificació del contracte, és a dir, de determinació del tipus contractual realment celebrat (amb independència del nom que les parts hagin donat al contracte). A més, pot ser necessària una operació ulterior: la integració del contracte quan existeixin llacunes en les declaracions i, per consegüent, en la regulació contractual.

En principi, la interpretació ha de tenir un caràcter subjectiu, és a dir, es tracta d'escatir allò que van voler les parts, quin va ser l'objecte del seu consentiment. Es tracta, doncs, d'una activitat eminentment històrica, de reconstrucció de la voluntat. Els arts. 1281 i 1282 Cc posen l'èmfasi en la "intenció" dels contractants, de manera que cal atendre a la seva voluntat interna, a allò que realment volien. En aquesta primera apreciació, doncs, la voluntat interna (la "intenció") hauria de prevaler sobre la voluntat declarada, sobre les respectives declaracions de voluntat. No obstant, no hem d'oblidar que estem davant d'una voluntat contractual, i que el contracte neix a conseqüència de la concurrència de dues declaracions de voluntat. Això comporta que calgui temperar el principi de prevalença absoluta de la voluntat del declarant amb els principis de confiança i d'autoresponsabilitat; és a dir, les parts contractuals han d'assumir les conseqüències derivades de la confiança generada en l'altra part si no van expressar fidelment la seva voluntat interna, tot valorant, com sempre, el joc del principi de la bona fe contractual.

2.- La cerca de la intenció comuna de les parts

En la interpretació del contracte cal descobrir quina era la intenció comuna de les parts i no la voluntat individual de cada contractant. Per consegüent, el primer criteri d'interpretació ha de ser la cerca de la voluntat comuna dels contractants. La interpretació es regeix pel criteri espiritualista: l'important és què volien les parts i no les paraules que s'han utilitzat per a expressar la voluntat interna. Per això, si bé la interpretació ha de partir de les paraules que s'han emprat, no queda reduïda per aquesta expressió, sinó que ha de superar la literalitat si cal a fi de descobrir la veritable voluntat volguda per les parts. Tots els ordenaments jurídics i les propostes prelegislatives i de *soft law* coincideixen en aquestes premisses. La interpretació ha de tenir un caràcter subjectiu, és a dir, es tracta d'escatir allò que van voler les parts, quin va ser l'objecte del seu consentiment. Es tracta, doncs, d'una activitat eminentment històrica, de reconstrucció de la voluntat. Els arts. 1281 i 1282 Cc posen l'èmfasi en la "intenció" dels contractants, de manera que cal atendre a la seva voluntat interna, a allò que realment volien. En aquesta primera apreciació, doncs, la voluntat interna (la "intenció") hauria de prevaler sobre la voluntat declarada, sobre les respectives declaracions de voluntat. No obstant, no hem d'oblidar que estem davant d'una voluntat contractual, i que el contracte neix a conseqüència de la concurrència de dues declaracions de voluntat. Això comporta que calgui temperar el principi de prevalença absoluta de la voluntat del declarant amb els principis de confiança i d'autoresponsabilitat; és a dir, les parts contractuals han d'assumir les conseqüències derivades de la confiança generada en l'altra part si no van expressar fidelment la seva voluntat interna, tot valorant, com sempre, el joc del principi de la bona fe contractual, en la cerca d'aquesta voluntat comuna.

L'objecte de la interpretació és la "intenció" de les parts. Es tracta d'esbrinar quina va ser la intenció comuna de les parts, tenint en compte que el consentiment contractual recau sobre l'objecte, la causa i el contingut del contracte. El primer mitjà per determinar aquesta intenció comuna el constitueixen les respectives declaracions de voluntat; s'ha de partir de les paraules, escrits o signes amb que s'hagi expressat la voluntat interna. Així, el punt de partida de l'activitat interpretativa, si es tracta d'un contracte escrit, ha de ser la lletra d'aquest contracte. Ara bé, això no vol dir que hagi de prevaler el sentit literal de les paraules; es tracta de trobar la voluntat comuna, per a la qual cosa cal utilitzar les paraules emprades, però per escatir quina és la veritable voluntat en què van coincidir les parts.

3.- Interpretació particular que l'altra part havia de conèixer

La intenció comuna de les parts pot resultar d'un sentit determinat que una de les parts hagi donat a alguna expressió inclosa en el contracte (paràgraf 2). Si una part ha donat un determinat sentit a la seva declaració i l'altra part ha copsat aquest sentit o almenys l'ha tolerat, seria contrari a la bona fe que un cop perfeccionat el contracte pretengués que el sentit era un altre. A més, el paràgraf (1) ja deixa clar que no preval la literalitat de les paraules emprades, sinó que la interpretació sempre ha de ser subjectiva. En el fons és una interpretació a la que les dues parts han donat peu amb la seva actitud i, en tant que coneguda o tolerada per l'altra, es pot considerar comuna a ambdues parts.

4.- Quan no és possible determinar la voluntat comuna de les parts

Cal una norma de tancament per als supòsits en què no és possible determinar la voluntat comuna de les parts ni aquestes han acceptat ni que sigui de manera tàcita el sentit donat per una d'elles a la seva declaració de voluntat. Atès que no resulta admissible que el sentit del contracte provingui exclusivament d'una part del contracte, s'acudeix al sentit que dues persones raonables donarien a aquell contracte. La raonabilitat és un criteri que ja utilitza el legislador (per exemple, art. 222-36, el tutor pot corregir de manera raonable el tutelat; art. 235-41, l'assentiment a una adopció no es pot referir a un adoptant concret llevat que això sigui raonable; art. 236-17, els progenitors poden corregir els fills de manera raonable; art. 237-10.2 CCCat sobre l'oposició de l'alimentista a rebre els aliments a la casa de l'obligat al seu pagament; art. 312-12, el termini de caducitat comença a comptar des que s'ha pogut conèixer raonablement i s'ha de fer arribar als socis les comunicacions que siguin raonables; art. 331-5.3, sobrevinença de circumstàncies que impedeixen complir raonablement les finalitats fundacionals; art. 542-10 sobre la creença de tenir títol en la construcció en sòl aliè; art. 546-14.5 sobre les mesures adoptables davant immissions substancials; art. 561-6 CCCat sobre les despeses que ha de pagar l'usufructuari per a fer seus els fruits pendents a l'inici de l'usdefruit). La raonabilitat va lligada a la condició de les parts, per això la interpretació no és en termes abstractes, sinó que té en compte aquesta condició (si són particulars, comerciants, etc.).

Article 612-44. Elements de la interpretació

En la interpretació del contracte s'ha de tenir en compte els elements següents:

- a) les circumstàncies en les quals es va perfeccionar el contracte, que inclouen les negociacions preliminars i la publicitat realitzada per alguna de les parts.*
- b) els actes de les parts, anteriors, coetanis i posteriors a la perfecció del contracte.*
- c) la naturalesa i l'objecte del contracte.*
- d) la interpretació que prèviament les parts hagin donat a expressions o clàusules similars.*
- e) els usos del comerç i les pràctiques habituals en el ram de l'activitat econòmica de què es tracti.*
- f) la bona fe.*

CONCORDANCES

Arts. 5:102 PECL, II.– 8:102 DCFR, 4.3 Unidroit PICC, 59 CESL, 1279 PMCC; 1362.2, 1366 i 1368 CC Itàlia, § 157 BGB.

COMENTARI

1.- Introducció: L'objecte i els mitjans d'interpretació al CCEsp

El primer mitja per determinar la intenció comuna de les parts el constitueixen les respectives declaracions de voluntat; en particular, les paraules, escrits o signes amb que s'hagi expressat la voluntat interna. Així, el punt de partida de l'activitat interpretativa, si es tracta d'un contracte escrit, ha de ser la lletra d'aquest contracte. En aquest sentit, l'art. 1281 ordena que s'estigui al sentit literal de les paraules quan els termes siguin clars i no provoquin dubte sobre la intenció pretesa per les parts. Les concretes clàusules contractuals, però, no s'han d'interpretar aïlladament, sinó en el seu context, és a dir, cal realitzar una interpretació sistemàtica del contracte, com preveu l'art. 1285 Cc; el contracte s'ha d'entendre com un conjunt orgànic i no com una suma de clàusules esparses. A més a més, l'art. 1282 Cc assenyala que cal tenir en compte, també, els actes de les parts coetanis i posteriors al contracte, és a dir, els antecedents i els treballs preparatoris (tota la fase de tractes preliminars, els esborranys del contracte) i la conducta seguida per les parts a l'hora d'executar el contracte.

2.- Elements d'interpretació

Hi ha tot un seguit de circumstàncies que s'han de tenir en compte en la interpretació del contracte per tal de discernir quina ha estat la voluntat comuna de les parts o per a determinar el sentit raonable del contracte, i que s'enumeren en aquest precepte. Així, la fase precontractual, incloent la publicitat que les parts hagin pogut realitzar, la conducta de les parts anterior i posterior a la perfecció del contracte, la naturalesa i l'objecte del contracte i la interpretació que les parts hagin pogut donar en el decurs d'altres relacions jurídiques a paraules, expressions o clàusules anàlogues poden ser útils en l'hermenèutica del contracte.

A més a més, cal tenir en compte, també, els actes de les parts coetanis i posteriors al contracte, és a dir, els antecedents i els treballs preparatoris (tota la fase de tractes preliminars, els esborranys del contracte) i la conducta seguida per les parts a l'hora d'executar el contracte.

D'acord amb la interpretació finalista, el contracte ha de ser interpretat d'acord amb la seva funció econòmico-social. Per això, les paraules que puguin tenir diverses accepcions s'entenguin de la manera més conforme a la naturalesa i a l'objecte del contracte, és a dir, al tipus contractual en qüestió i a la seva funció econòmico-social.

Altres dos criteris que també cal observar són els usos del comerç i les pràctiques habituals en el ram de l'activitat econòmica de què es tracti i la bona fe, que sempre seran l'últim recurs quan amb els altres elements no s'hagi pogut precisar el sentit de les declaracions de voluntat contractuals. La bona fe implica partir de la constatació que, les parts han actuat amb lleialtat, prenent evitar confusions i clàusules fosques deliberades; aquest principi es concreta l'apartat 4 de l'article següent, que enuncia el criteri de la *interpretatio contra stipulatorem*: si la dubtosa intel·ligència de la clàusula és imputable a un dels contractants, a interpretació no l'afavorirà a ell (afavorirà, doncs, a la contrapart).

Article 612-45. Criteris de la interpretació

1. *Els termes i les clàusules que han estat negociats individualment prevalen sobre els que no ho han estat.*
2. *El contracte s'interpreta com un tot, relacionant unes clàusules amb les altres a fi de trobar el sentit unitari del contracte.*
3. *Si una clàusula admet dues interpretacions, sempre s'ha de preferir*
 - a) *aquella que condueixi a l'eficàcia del contracte;*

- b) en els contractes amb consumidors, aquella que beneficiï el consumidor.
4. La interpretació d'una clàusula obscura no ha d'afavorir la part que hagi causat l'obscuritat.
5. En els contractes amb condicions generals, en cas de contradicció entre dues o més clàusules, prevalen:
- a) Les clàusules particulars;
 - b) La clàusula més beneficiosa per a l'adherent;
 - c) La clàusula més transcendent per a l'economia del contracte.

CONCORDANCES

Arts. 5:104 PECL, II.– 8:104 DCFR, 62 CESL; 5:105 PECL, II. – 8:105 DCFR, 1280.1 PMCC, 1363 CC Itàlia; 5:106 PECL, II.– 8:106 DCFR, 63 CESL, 4.5 PICC, 1280.1 PMCC, 139 Projecte Terré, 1367 CC Itàlia; 64(1) CESL; 5:203 PECL, II. – 8:103 DCFR, 65 CESL, 4.6 PICC, 1280.2 PMCC, 140.2 Projecte Terré, 1370 CC Itàlia.

COMENTARI

1.- Introducció: els criteris d'interpretació en el CCCEsp

Les normes que el Cc dedica a la interpretació dels contractes constitueixen veritables normes jurídiques, que vinculen els jutges i tribunals impedit-los una total arbitrietat, i per consegüent la seva infracció és fonament del recurs de cassació, per bé que constitueix reiterada jurisprudència que la interpretació correspon als Tribunals d'instància llevat que la interpretació realitzada sigui il·lògica, errònia o manifestament contraria a la legalitat.

El primer principi que ha d'orientar l'activitat interpretativa és la recerca de la voluntat real de les parts; es tracta, doncs, d'esbrinar quina és la voluntat comuna de les parts, però tenint en compte, com ja s'ha dit, els principis de confiança i d'autoresponsabilitat. Assentat això, l'art. 1281 i seg. Cc estableixen un seguit de criteris interpretatius, criteris que no sembla que estiguin ordenats jeràrquicament, sinó que s'han d'utilitzar conjuntament a fi de determinar aquella voluntat real.

L'art. 1281 sembla clarament la transposició de l'aforisme *in claris non fit interpretatio*, ja que ordena estar "al sentit literal de les seves clàusules".

Tanmateix, això només ha de succeir, segons aquest mateix article, quan no hi hagi "dubte sobre la voluntat dels contractants", havent de prevaler "la intenció" sobre les "paraules". Cal descobrir quina és la verdadera voluntat, la intenció de les

parts, però amb una presumpció a favor del sentit literal, de manera que no s'ha de tergiversar allò que apareix clar. Si existeixen dubtes sobre la "intenció", l'art. 1282 assenyalava que es tinguin en compte els actes de les parts coetanis i posteriors al contracte (art. 1282), però sense que s'hi puguin entendre compresos en els termes del contracte ni coses ni supòsits diferents d'aquells sobre els quals les parts pretenien contractar.

Criteri fonamental d'interpretació és el principi de conservació del contracte, que s'enuncia a l'art. 1284: si una clàusula és susceptible de ser interpretada en dos sentits, un que produeix efectes i un altre que no (si totes les interpretacions tendeixen a la producció d'efectes, aquesta regla no és aplicable), cal decantar-se per la concessió d'efectes, ja que no es pot presumir que les parts han pretès introduir en el contracte una clàusula inútil. Òbviament, el s'afirma respecte d'una clàusula es pot predicar del contracte sencer.

Un altre criteri d'interpretació és el de la totalitat: la interpretació sistemàtica (art. 1285), que és una conseqüència de la unitat lògica del contracte, i imposa la superació de les contradiccions i antinòmies. No només entra en joc en relació a les diverses clàusules d'un contracte, sinó també en relació a distints contractes que formin una unitat comercial complexa que persegueixin una finalitat econòmica unitària.

Un altre criteri és la interpretació finalista, de tal manera que el contracte ha de ser interpretat d'acord amb la seva funció econòmico-social. L'art. 1286 estableix que les paraules que puguin tenir diverses accepcions s'entenguin de la manera més conforme a la naturalesa i a l'objecte del contracte, és a dir, al tipus contractual en qüestió i a la seva funció econòmico-social.

Finalment, s'invoquen com a criteris d'interpretació la bona fe i els usos. La bona fe implica partir de la constatació que, les parts han actuat amb lleialtat, prenent evitar confusions i clàusules fosques deliberades; aquest principi es concreta en l'art. 1288, que enuncia el criteri de la *interpretatio contra stipulatorem*: si la dubtosa intel·ligència de la clàusula és imputable a un dels contractants, a interpretació no l'afavorirà a ell (afavorirà, doncs, a la contrapart). Pel que fa als usos, els invoca l'art. 1287 a fi de cobrir les ambigüitats del contracte.

El repertori de criteris hermenèutics conclou a l'art. 1289, pel supòsit d'impossibilitat de resoldre els dubtes segons els criteris fins ara indicats (o sia, es tracta de criteris subsidiaris). Així, tractant-se de circumstàncies accidentals del

contracte, si el contracte és gratuït s'aplicarà el criteri favor debitoris i el dubte es resoldrà en favor de la menor transmissió de drets, i si és onerós en favor de la major reciprocitat d'interessos (de la major equivalència entre les respectives prestacions). Si els dubtes es refereixen a l'objecte principal del contracte i no es pot determinar quina era la veritable voluntat dels contractants, el contracte serà nul.

Aquestes regles dels arts. 1281 i seg. estan concebudes des d'una visió liberal de completa llibertat i igualtat entre les parts contractants. Per això no són satisfactòries quan es tracta de la interpretació de les condicions generals dels contractes, i s'han formulat regles específiques, concretament a l'art. 10 LGDCU i 6 LCGC. Aquests criteris específics per les condicions generals són:

-la prevalença del clausulat particular: si hi ha discrepància entre una clàusula general i una clàusula particular s'ha d'estar a aquesta, que reflecteix més fidelment la voluntat contractual per haver estat específicament negociada;

-la preferència de la condició més beneficiosa: limita parcialment la regla anterior, en el sentit que si hi ha contradicció entre una clàusula general i una clàusula particular, s'aplicarà la més beneficiosa per l'adherent, i si totes dues són igualment beneficioses, prevaldrà la clàusula particular;

-la primacia de la clàusula més important: el conflicte entre condicions generals es resol en favor de la condició amb major transcendència per a l'economia del contracte o de la que estableix el nucli central de les prestacions contractuals;

-la interpretació *contra proferentem*: els dubtes en la interpretació es resoldran contra qui ha redactat o utilitzat la condició general, traslladant el benefici a l'adherent.

2.- Criteris d'interpretació en la proposta

1.- La generalització en molts àmbits dels contractes d'adhesió aconsella incorporar una norma que estableixi la preferència dels termes o clàusules negociats individualment per les parts que hagin estat eventualment incorporats als contractes predisposats. Les clàusules negociades individualment han estat volgudes per ambdues parts, i per això han de prevaler.

2.- El contracte no és una dispersió de clàusules que no tenen relació les unes amb les altres. Ben al contrari, el contracte constitueix una unitat i, com a tal unitat, cal interpretar unes clàusules per relació amb els altres, evitant que hi hagi contradiccions entre elles. Es tracta, en definitiva, del criteri sistemàtic que ha de

guiar la tasca hermenèutica a fi de dotar el contracte de la major harmonia possible en tot el seu contingut. Amb la finalitat de trobar la voluntat comuna, les concretes clàusules contractuals no s'han d'interpretar aïlladament, sinó en el seu context, és a dir, cal realitzar una interpretació sistemàtica del contracte; el contracte s'ha d'entendre com un conjunt orgànic i no com una suma de clàusules esparses. La interpretació sistemàtica (art. 1285), que és una conseqüència de la unitat lògica del contracte, i imposa la superació de les contradiccions i antinòmies. No només entra en joc en relació a les diverses clàusules d'un contracte, sinó també en relació a distints contractes que formin una unitat negocial complexa que persegueixin una finalitat econòmica unitària.

3.- Si, no obstant l'anterior, un terme o una clàusula del contracte és susceptible de diversos sentits, en primer lloc cal que la interpretació afavoreixi l'eficàcia del contracte; les parts han volgut concloure un contracte, i els seus esforços son han de ser debades com a conseqüència de la interpretació. L'intèrpret ha de ser el més respectuós possible amb la intenció de les parts de vincular-se negocialment. El principi de conservació del contracte és un criteri fonamental d'interpretació. Òbviament, el s'afirma respecte d'una clàusula es pot predicar del contracte sencer.

En els cas dels contractes de consum, la diversitats de sentits possibles del terme o de la clàusula ha de resoldre's a favor del consumidor, en tant que part feble del contracte, per la qual cosa cal donar primacia a la interpretació que esdevingui més favorable per a la posició jurídica del consumidor.

4.- La gran majoria d'ordenaments jurídics recullen com a criteri interpretatiu la regla *contra stipulatorem* o *contra proferentem*: si un terme o una clàusula són obscurs i no tenen una interpretació clara i definida, la interpretació no ha de redundar en benefici de qui ha formulat el terme o la clàusula. Aquesta no és una norma de consumidors com la de l'art. 3(b), sinó que opera amb independència de la qualitat i condicions de les parts.

5.- Les regles dels apartats (1) a (4) no són completament satisfactòries quan es tracta de la interpretació de les condicions generals dels contractes, per la qual cosa és aconsellable formular regles específiques. Aquests criteris específics per les condicions generals són:

a) la prevalença del clausulat particular: si hi ha discrepància entre una clàusula general i una clàusula particular s'ha d'estar a aquesta, que reflecteix més fidelment la voluntat contractual per haver estat específicament negociada;

b) la preferència de la condició més beneficiosa: limita parcialment la regla anterior, en el sentit que si hi ha contradicció entre una clàusula general i una clàusula particular, s'aplicarà la més beneficiosa per l'adherent, i si totes dues són igualment beneficioses, prevaldrà la clàusula particular;

c) la primacia de la clàusula més important: el conflicte entre condicions generals es resol en favor de la condició amb major transcendència per a l'economia del contracte o de la que estableix el nucli central de les prestacions contractuals

Article 612-46. Redacció en diferents llengües d'un mateix contracte

Si d'un contracte s'han preparat versions en llengües distintes i les parts no han assenyalat quina versió és la que consideren preferent, s'ha de preferir en cas de discrepància entre les versions la de la llengua en què originàriament es va redactar el contracte.

CONCORDANCES

Arts. 5:107 PECL, II. – 8:107 DCFR, 61 CESL, 4.7 Unidroit PICC, 1281 PMCC.

COMENTARI

La majoria de Codi Civils no contenen una norma que reguli quina versió, en el cas de contractes que han estat redactats en diverses llengües, ha de ser preferida en cas de discrepància que n'afecti la interpretació. Tanmateix, en una economia cada cop més globalitzada, sembla oportú incloure una norma d'aquest tipus, en la línia no només del *soft law* europeu sinó també de la proposta de modernització del Codi civil espanyol elaborada per la *Comisión General de Codificación*. La preferència s'ha de donar a la versió que les parts hagin estimat com a autoritzada i, si no ho han fet, a la versió en la llengua original i no a les versions traduïdes.

Secció quarta: LA INEFICÀCIA DEL CONTRACTE

Subsecció primera: La nul·litat del contracte

Article 612-47. Contractes nuls

1.- Són nuls els contractes conclusos:

a.- Sense consentiment;

b.- Amb un contingut que no és determinable de manera clara i suficient, o que és contrari a les normes imperatives o prohibitives, a la bona fe o a l'ordre públic;
c.- Sense que se sàpiga la seva causa, o en què és falsa la causa que s'expressi;
d.- Sense els requisits de forma que la llei exigeix, o què els propis contractants han acordat.

2.- Les declaracions fetes amb falta de serietat, amb reserva mental i, en general, sense la intenció de vincular-se jurídicament, no produeixen efectes, llevat que l'altra part hagi confiat raonablement en la seva eficàcia.

3.- Un contracte no és nul pel fet que, en el moment que es conclou, resulti impossible el compliment de l'obligació assumida, o perquè alguna de les parts no tingui poder de disposició sobre els béns objecte del contracte.

4.- El contracte en el que les parts, de manera conscient i voluntària, acorden un contingut contractual aparent i diferent del que realment volen, és nul, si bé produeix efectes en relació amb els tercers de bona fe. El contracte encobert és vàlid si compleix els requisits de fons i de forma exigits per la llei.

CONCORDANCES

Arts. II.- 4:102 i , II.-9:201 DCFR, 2:102 PECL, 1.2 CEC, 30.3 CESL,II.-7:102 DCFR, 1303 i 1296 PMCC, 1414 a 1417 CCI, 1451 i 1452 CCQ .

COMENTARI

1.- Contractes nuls

A l'apartat 1 s'estableix que són nuls els contractes als que els manqui un requisit essencial: el consentiment, l'objecte, o la forma quan la llei o el pacte l'exigeixi amb aquest caràcter essencial. Quant a la causa, entesa en sentit objectiu, i partint de la base que tot contracte tindrà una causa, serà nul aquell contracte en què la causa no es pot esbrinar, o en què la causa que apareix és falsa, sens perjudici que, tal com estableix l'apartat segon, el contracte encobert pugui resultar vàlid. Igualment, seran nuls aquells contractes contraris a les normes prohibitives o imperatives, o que vagin contra la bona fe o l'ordre públic.

Val a dir que la manca de consentiment no es refereix a la manca de capacitat d'obrar, sinó als supòsits en què no es té capacitat natural, amb independència de si s'ha decretat o no la seva incapacitació judicial.

2.- Declaracions sense la intenció de vincular-se jurídicament

Ha estat una qüestió molt debatuda en la doctrina civilista si, en cas de discrepància entre la voluntat interna i la voluntat manifestada, ha de prevaler una o altra. Segons explica Díez-Picazo, per a la denominada doctrina "clàssica" no hi ha contracte sense voluntat i, en conseqüència, en els casos de divergència entre voluntat interna i voluntat declarada es produeix una declaració sense voluntat i, per tant, el contracte és invàlid. La reacció enfront de la teoria de la voluntat és l'anomenada teoria de la declaració que, fonamentada, entre d'altres, en motius d'ordre pràctic i de seguretat jurídica, afirma que la voluntat interna és una cosa desconeguda, i que el que realment apareix en el tràfic jurídic i s'ha de tenir en compte és la declaració de voluntat. Mentre la primera teoria afavoreix al declarant, la segona atén a l'interès del destinatari de la declaració.

El precepte proposat, seguint la línia del DCRF i dels PECL, es decanta clarament per la teoria de la declaració. L'art. II.-4: 202 DCFR diu que la voluntat d'obligar-se es determinarà tal i com les declaracions o conductes s'entenguin "raonablement" per l'altra part, i concorda amb la regla de l'apartat primer de l'art. II.-8: 201, segons la qual un acte jurídic unilateral s'ha d'interpretar en el sentit que raonablement s'espera que sigui entès per la persona a qui va dirigit.

Per tant, es fa prevaler el significat "raonable" de la declaració sobre la intenció real d'obligar-se. Podria passar, per tant, que una de les parts quedi vinculada jurídicament sense la seva voluntat al respecte, per la força de la declaració que hagi emès. Això succeirà quan aquesta declaració no es correspongui amb la voluntat interna, per exemple per tractar-se d'una declaració no feta seriosament, o sense la intenció de vincular-se jurídicament.

La justificació d'aquesta regla es troba en la protecció de la bona fe de l'altre contractant.

Per a la interpretació de la declaració de voluntat s'atén a com aquesta hagi estat "raonablement" entesa per l'altra part. Es tenen en compte, per tant, les circumstàncies subjectives de l'altra part. Ara bé, a partir d'aquesta subjectivitat, la interpretació que es faci no ha de ser capritxosa ni infundada, sinó "raonable": no el sentit que la part l'ha entès, sinó el que, d'acord amb les seves condicions personals, hauria d'haver entès. Així, per exemple, una declaració no emesa seriosament podrà produir diferents efectes en funció de les circumstàncies de la persona a qui vagi dirigida, la qual cosa ens porta a concloure que el declarant, en

fer aquesta declaració, s'haurà de preocupar de discernir la condició de la persona en qüestió.

3.- Contractes en els que, en el moment que es conclouen, resulti impossible el compliment de l'obligació assumida, o alguna de les parts no tingui poder de disposició sobre els béns objecte del contracte

La regla de l'apartat 3 té la virtut que permet la validesa d'aquells contractes en els quals, en el moment de celebrar-se, la prestació és d'impossible compliment, però posteriorment, en el moment en què el contracte s'ha de complir, el compliment esdevé possible. La impossibilitat pot venir determinada per raons físiques (per exemple, un viatge a Saturn), o per raons jurídiques (per exemple, un contracte de subministrament de substàncies dopants) . Un dels casos en què l'obligació assumida no podrà ser inicialment complerta és quan el contractant no tingui el poder de disposició sobre la cosa objecte del contracte. També en aquest cas el contracte és vàlid cal tenir en compte que en aquest cas és molt més probable que el contractant pot adquirir el poder de disposició sobre la cosa en qüestió un cop s'ha celebrat el contracte.

4.- Contractes simulats

La simulació és un tema directament vinculat al concepte de causa objectiva o funció del contracte, ja que es crea l'aparença d'una funció contractual total o parcialment fictícia que encobreix una altra, que és la que les parts realment volen. Com posa de relleu la primera frase de l'article ("de manera conscient i voluntària"), l'existència de dues funcions contractuales -l'aparent i la dissimulada- és coneguda i volguda per les parts; altrament es tractaria d'una qüestió d'interpretació del contracte.

La vinculació a la causa objectiva és clara en l'art. 1296.2 PM (que, d'altra banda, és l'únic del PM que parla de simulació): en aquest precepte el contracte simulat és declarat nul, i la vinculació a la causa s'extreu per la referència que l'apartat primer del mateix art. 1296 PM fa a la nul·litat del contracte "por *carecer* de causa", referència que pot incloure tant la inexistència de causa com la simulació.

En canvi, els art. 1451 i 1452 CCQ regulen la simulació lluny de la causa, en l'apartat dedicat als efectes del contracte en relació amb tercers. Per la seva banda,

l'art. II.-9:201 DCFR és l'article únic d'una secció dedicada a la simulació, ubicada en el Capítol 9 del Llibre II, dedicat al contingut i els efectes del contractes.

El segon incís del precepte protegeix els tercers de bona fe que, d'una manera o una altra han entrat en contacte amb l'estructura contractual merament aparent o fictícia que és el contracte simulat; el precepte és clar en establir que malgrat que el contracte simulat és nul, "produeix efectes en relació amb els tercers de bona fe". La protecció dels tercers es justifica o es basa tan sols en la bona fe. No cal l'existència d'un títol oneros, com exigeix l'art. 1296.2 PM, perquè l'adquirent a títol gratuït no té per que veure's perjudicat per la intenció perversa o, com a mínim, poc clara, de les persones que han pactat un contracte simulat; prova d'això és que els art. 1415 CCI, 1452 CCQ i II.-9:201(2) DCFR ni tan sols fan referència a la onerositat o gratuïtat, limitant els requisits de protecció dels tercers a la simple presència de bona fe.

Finalment, s'estableix la possible validesa del contracte encobert si compleix "els requisits de fons i de forma exigits per la llei".

Article 612-48. Ineficàcia del contracte nul

1.- El contracte nul no produeix cap efecte.

2.- Si el contracte nul s'ha executat, totalment o parcialment, les parts s'han de restituir recíprocament els desplaçaments patrimonials que s'hagin pogut produir i, si no és possible, s'apliquen les regles de l'enriquiment injustificat.

3.- El contracte nul no pot ser confirmat, però es pot convertir en un altre diferent i vàlid si reuneix els seus requisits.

CONCORDANCES

Arts. II.-7:303 DCFR, 15:104 PECL, 141 i 160 CEC, 1296.3 PMCC.

COMENTARI

1.- Ineficàcia del contracte nul

Tot i que el contracte nul no ha de produir, per definició, cap efecte, pot ser que s'hagi començat a executar si té una aparença de validesa. En aquest cas, una vegada s'ha declarat la nul·litat, caldria tornar les coses al seu estat inicial, per la qual cosa les parts s'hauran de restituir recíprocament allò que van transmetre o

lliurar en virtut del contracte. Hi haurà certs casos, però, en què això no serà possible, per exemple, quan el que s'hagi efectuat sigui una prestació de fer o de no fer; en aquests casos, no hi haurà altre remei que aplicar el règim de l'enriquiment injustificat.

2.- Conversió del contracte nul

La pretensió per declarar la nul·litat del contracte no pot quedar extingida per la confirmació del contracte. Només es poden confirmar els contractes que són anul·lables, no els radicalment nuls. Però sí que el contracte nul es pot convertir en un altre diferent i vàlid si reuneix els seus requisits.

Article 612-49. Declaració de la nul·litat

1.- La nul·litat pot ser declarada per qualsevol de les parts mitjançant notificació a l'altra part, o pel jutge, ja sigui d'ofici, ja sigui a conseqüència de l'exercici d'una acció de nul·litat. Encara que no s'hagi efectuat la declaració, si alguna part pretén el compliment del contracte nul, l'altra part pot legítimament oposar-se i al·legar la causa de nul·litat corresponent.

2.- La pretensió per declarar la nul·litat no prescriu, i la pot exercir qualsevol de les parts, hagi estat o no la causant de la nul·litat, o qualsevol altra persona amb un interès legítim.

CONCORDANCES

Arts. 1296 PMCC, 141 i 142 CEC.

COMENTARI

El contracte nul no produeix efectes; per això, no necessita una impugnació judicial, ja que opera *ipso iure*. Però pot ser que sigui útil declarar aquesta nul·litat, declaració que es podrà fer judicial o extrajudicialment.

Així, qualsevol de les parts podrà, notificant-ho a l'altra part, declarar que el contracte és nul. I, tot i que no s'hagi declarat la nul·litat, i davant la pretensió d'una de les parts reclamant el compliment del contracte, l'altra part podrà oposar la causa de nul·litat corresponent.

Davant la resistència de la part que mantingui la validesa del contracte, podrà ser necessària la intervenció judicial. Aleshores, per demanar la nul·litat estarà

legitimats qualsevol interessat, i cadascuna de les parts –amb independència de si ha estat o no la causant de la nul·litat; fins i tot, en certs casos, la nul·litat podrà ser apreciada d'ofici pels Tribunals.

Tal com diu l'art. 121-2 CCCat, “no prescriuen les pretensions que s'exerceixen mitjançant accions merament declaratives”. Per això, es tracta d'un supòsit de prescripció i no de caducitat.

Subsecció segona: L'anul·labilitat del contracte

Article 612-50. Contractes anul·lables

Són anul·lables:

- a.- Els contractes conclusos per persones que, d'acord amb les disposicions d'aquest Codi, no tenen la capacitat d'obrar necessària.*
- b.- Els contractes en què el consentiment s'ha prestat amb manca de coneixement o de llibertat, d'acord amb el que estableixen els articles següents.*
- c.- Aquells contractes en què així ho preveu expressament la Llei.*

CONCORDANCES

Arts. 1263 a 1265 CCEsp, 1297 PMCC, 146 CEC.

COMENTARI

En els contractes anul·lables la seva eficàcia dependrà de què s'exerceixi o no l'acció d'anul·lació. Aquests contractes són els següents:

- a.- Primerament, els contractes conclusos per persones que no tenen la capacitat d'obrar necessària, segons les disposicions d'aquest codi. D'acord amb l'art. 211-3.1 CCCat, “la capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural, d'acord amb el que estableix aquest codi”. Per tant, la regla general és que seran anul·lables els contractes conclusos per menors d'edat no emancipats, per les persones judicialment incapacitades, i també per aquelles persones que, tot i no estar judicialment incapacitades, no tinguin la capacitat natural suficient per entendre o comprendre el contracte. Ara bé, cal tenir en compte que no tot contracte conclòs per un menor d'edat és anul·lable; l'art. 211-5 els permet fer aquells contractes

“relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d’acord amb els usos socials”, i també “els altres actes que la llei li permeti”.

b.- També es poden anul·lar els contractes en què el consentiment hagi estat viciat. Els vicis del consentiment poden derivar d’una manca de coneixement de la realitat (error o engany), o d’una manca de llibertat (quan el contractant està amenaçat). Amb aquesta expressió genèrica (manca de coneixement o de llibertat) s’inclou també el que s’ha anomenat “avantatge injust” (art. 621-45 Avantprojecte llibre sisè) o “explotació injusta” (art. 51 CESL), concepte en el que s’inclouen tant supòsits de manca de llibertat (situació de necessitat) com de manca de coneixement (ignorància).

c.- I també són anul·lables aquells contractes quan així ho preveu la Llei; un exemple n’és el contracte conclòs pels progenitors sobre béns dels fills en potestat parental sense l’autorització judicial o parental en els casos en què sigui necessària: l’art. 236-31.1 diu que són anul·lables.

Article 612-51. Error

1.- L'error, de fet o de dret, dóna lloc a l'anul·lació del contracte si concorren tots els requisits següents:

1r.- L'error és essencial.

2n.- L'error és excusable.

3r.- La part que incorre en l'error no ha assumit, segons el contracte o les circumstàncies, el risc de l'error.

4rt.- En l'altre contractant es dóna alguna de les següents circumstàncies:

a.- Ha provocat l'error, per la informació que ha subministrat, o per la que ha omès.

b.- Coneix o havia de conèixer l'error de l'altra part, i, contràriament a les exigències de la bona fe, no l'ha advertida.

c.- Ha incorregut en el mateix error.

2.- Per tal de discernir si l'error és o no essencial i excusable cal atendre a què faria o què hagués hagut de fer una persona raonable en la mateixa situació.

CONCORDANCES

Arts. II.-7:201 DCFR, 4:103 PECL, 3.5 Unidroit PICC, 151 CEC, 48 CESL, 1298 PMCC.

COMENTARI

L'error es pot definir com el coneixement equivocat sobre les circumstàncies fàctiques (error de fet) o jurídiques (error de dret) en què es va celebrar el contracte. Aquest coneixement erroni de la realitat fa que la voluntat contractual no s'hagi format correctament: si el contractant hagués conegut la realitat és possible que no hi hagués contractat, o ho hagués fet en condicions diferents. La voluntat contractual està, per tant, viciada. Ara bé, malgrat tal vici del consentiment, el contracte no sempre es podrà anul·lar. No només es té en compte l'existència d'un vici del consentiment que afecta la part que ha patit l'error, sinó que calen una sèrie de requisits, tan en relació al propi error, com respecte a cadascuna de les parts contractants.

Per tal que el contracte es pugui anul·lar per error, calen una sèrie de requisits:

1.- Que l'error sigui essencial. L'essencialitat és unilateral i objectiva. Unilateral, perquè n'hi ha prou amb què el pateixi la part que l'invoca per anul·lar el contracte. I objectiva, perquè no es valora si l'error és essencial des de la concreta situació de la part que el pateix, sinó que s'atén als paràmetres subjectius d'una "persona raonable": si una persona raonable, i ja no el propi contractant, hauria contractat de la mateixa manera si no hagués incorregut en l'error. El precepte no coincideix amb els arts. II.-7:201 DCFR i 48 CESL –sí en canvi amb l'art. 1298 PM-, que atenen a circumstàncies subjectives de la víctima i al coneixement d'aquestes circumstàncies per l'altra part contractant.

No s'especifica sobre quin dels elements del contracte ha de recaure l'error. Alguns projectes parlen d'error en la substància de la cosa, en la persona, en els motius, o en el valor del cosa (projecte Terrè, arts. 52 i ss.), i s'admet només l'anul·lació en els dos primers casos. En l'article proposat prescindim d'aquesta distinció, i el que importa és que, objectivament, l'error sigui essencial. Així, per exemple, l'error en la persona podrà donar lloc en uns casos a l'anul·lació del contracte i en altres no; si un rifle es ven a una persona creient que es tracta d'una caçador, quan en realitat es tracta d'un assassí, hi hauria un error essencial.

2.- Que l'error sigui excusable. No es podrà anul·lar el contracte per error si, ateses les circumstàncies, l'error és inexcusable, és a dir, quan es deu a la pròpia negligència de qui el pateix, que no ha posat tot el necessari per evitar-lo. La falta de diligència de qui pateix l'error justifica la protecció de la confiança de l'altra part, que no podrà veure's perjudicada per aquella falta de diligència. Novament, per valorar si l'error és o no excusable s'atindrà a circumstàncies objectives –el nivell de diligència d'una persona raonable-.

3.- Que la víctima no hagués assumit el risc d'error, o, ateses les circumstàncies, hauria de suportar el risc d'error. Freqüentment es tractarà, més que d'error o coneixement equivocat, de desconeixement o falta de coneixement. El contractant ignora la realitat, però assumeix conscientment les conseqüències de la seva ignorància, perquè així ho manifesta. Seria per exemple el cas en què una persona té una col·lecció de monedes que vol vendre, però no es preocupa de demanar a un expert una prèvia valoració, de manera que "assumeix el risc" de patir una pèrdua (i resulta que la pateix efectivament perquè les monedes eren d'un valor molt superior al satisfet per l'altra part). I a l'assumpció del risc per la víctima s'assimila el cas en què aquesta hagi de suportar aquest risc "d'acord amb les circumstàncies", com

seria el cas en què aquelles mateixes monedes fossin venudes per un perit en la matèria.

4.- Però amb els esmentats no n'hi ha prou per poder anul·lar el contracte per error. Cal que l'altra part no sigui aliena a aquest error. No es tracta que l'hagi enganyat, però sí que d'alguna manera sigui responsable de l'error: quan l'error li sigui imputable, ja sigui per haver-lo provocat –per donar una informació incorrecta o per no donar informació-, o perquè, coneixent o havent de conèixer l'error, no ho hagués advertit a la víctima segons les exigències de la bona fe. I cal també que l'error no sigui comú, és a dir, que les dues parts hagin caigut en el mateix error.

Si concorren els quatre requisits enumerats, el contracte podrà ser anul·lat per error.

Article 612-52. Error en la declaració

1.- Si l'error en la declaració de voluntat no es pot resoldre mitjançant les regles de la interpretació del contracte, el contracte només és anul·lable si concorren els requisits exigits a l'article anterior.

2.- No s'anul·la el contracte quan l'altra part contractant, una vegada informada de l'error, comunica sense demora excessiva la seva voluntat de complir el contracte en els termes desitjats per la part que ha patit l'error.

CONCORDANCES

Arts. 48 CESL, II.-7:202 DCFR, 4:104 PECL, 151.6 CEC, 3.6 Unidroit PICC, 1298.fin PMCC.

COMENTARI

Mentre l'error vici al qual fa referència l'art. 612-51 implica un vici en la formació de la voluntat, l'art. 612-52 tracta de l'error en declarar una voluntat que s'ha format correctament. La voluntat real no coincideix, per tant, amb la voluntat declarada. Seria, per exemple, quan es pretén comprar un quadre per 10.000 €, i en el contracte s'afegeix un zero de més (100.000 €). Es pot afirmar que la voluntat declarada no existeix en realitat, de manera que no hi ha consentiment contractual. Semblaria, doncs, que en aquest cas el contracte s'hauria de poder anul·lar, sempre que l'error no es pugui esvaïr acord amb les regles d'interpretació dels contractes: si

en el contracte s'aprecien contradiccions, fruit d'un error en la declaració, la interpretació del contracte permetrà corregir aquest error. Ara bé, és evident que l'hermenèutica contractual no sempre permetrà esmenar l'error obstatiu. Si en el contracte no s'aprecien contradiccions o foscors, serà difícil que mitjançant la interpretació de les seves clàusules pugui solucionar l'hipotètic error. Si en el contracte s'estipula, per exemple, un preu de 100.000 €, sense més, no és una qüestió d'interpretació el ajustar aquest preu a la voluntat real de les parts si aquesta voluntat no apareix reflectida en el contracte.

Per tant, si l'error (obstatiu) no pot solucionar-se mitjançant la interpretació del contracte, s'han d'aplicar les regles de l'error vici, contingudes en l'art. 612-51, regles que protegeixen l'altre contractant si és aliè a l'error.

A més, cal tenir en compte que, atès que hi ha una voluntat negocial correctament formada -la voluntat interna, que no coincideix amb la declarada-, l'error obstatiu podrà donar lloc a l'adaptació del contracte als termes conformes amb la voluntat interna, com es preveu a l'apartat 2.

Article 612-53. Engany

1.- El contracte és anul·lable per engany quan l'error ha estat provocat dolosament per l'altra part.

2.- L'error es provoca mitjançant una declaració dolosa, sigui de paraula o d'acte, o per l'ocultació dolosa d'alguna informació que s'hauria d'haver comunicat si s'hagués actuat d'acord amb els principis de bona fe i honradesa en els tractes o s'hagués complert el deure d'informació precontractual.

3.- Una declaració és dolosa si es fa amb el coneixement o en la creença que la declaració és falsa i la seva finalitat és que el destinatari incorri en un error.

L'ocultació d'informació és dolosa si es fa amb el propòsit d'induir a la persona a la que s'oculta a què cometi un error.

4.- L'error ocasionat per una declaració dolosa de l'altra part sempre és excusable. Si l'error el provoca l'ocultació dolosa d'informació, caldrà atendre a totes les circumstàncies, entre elles:

a.- Si la víctima de l'error té coneixements especialitzats sobre la matèria;

b.- El cost que li suposaria obtenir la informació rellevant al respecte;

c.- Si podia raonablement obtenir la informació per altres mitjans.

5.- *L'error ha de ser essencial per a la víctima, de tal manera que, sense l'engany, o no hagués contractat, o hagués conclòs el contracte en unes altres condicions. Si l'error no és essencial, no dóna lloc a la nul·litat del contracte però sí a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats.*

6.- *Si les dues parts del contracte han actuat dolosament, cap d'elles pot anul·lar el contracte.*

CONCORDANCES

Arts. II.-7:205 DCFR, 4:107 PECL, art. 3.8 Unidroit PICC, 49 CESL, 57 a 59 Pr. Terré, 1300 PMCC.

COMENTARI

El precepte regula els requisits necessaris per poder anul·lar un contracte per engany. La víctima incorre en un error provocat per l'altre contractant, error que el porta a celebrar el contracte en uns termes que, si no fos per l'engany, probablement no hauria acceptat. El que distingeix l'error de l'engany és que la declaració enganyosa es fa amb la finalitat que el destinatari incorri en un error. Hi ha un element subjectiu en l'altra part, consistent en la intenció d'enganyar, que fa a més que el règim sigui molt més sever.

Els requisits per a la anul·lació del contracte per engany són els següents:

1r.- L'error de la víctima. Igual que en el supòsit de l'art. 612-51, en el dol hi ha un coneixement equivocat de la realitat per una de les parts. L'error també ha de ser essencial; així ho diu explícitament l'apartat 5; ara bé, a diferència del que es preveu a l'art. 612-51.2 sobre l'error, es tracta d'una essencialitat purament subjectiva: l'engany pot recaure sobre un element no essencial del contracte, però que la víctima considera determinant per prestar el seu consentiment. Quant al caràcter excusable de l'error, s'estableix un règim diferent en funció si s'ha ocasionat per una declaració de l'altra part, o pel seu silenci; es parteix de la base que el silenci de l'altra part requereix una actuació més diligent per part de la víctima.

2n.- El dol, es a dir, la intenció d'enganyar de l'altra part. Aquest engany és la raó per la qual, per norma general, l'error de la víctima dóna lloc a la possibilitat d'anul·lar el contracte. No es tracta només que l'error hagi estat provocat per l'altra part contractant, sinó que la finalitat de la declaració dolosa és que el destinatari incorri

en un error. El mateix cal dir respecte a l'ocultació d'informació: serà dolosa si es pretén induir a la persona a la que s'oculta a que cometi un error.

L'engany pot venir provocat per una declaració [dolosa] de l'altra part, o per l'ocultació d'informació. En el primer cas, es pot produir l'engany per mitjà de paraules o per una conducta.

L'engany recíproc resta compensat, i no podrà ser invocat per cap de les parts per anul·lar el contracte.

Article 612-54. Amenaces

1.- Una part pot anul·lar un contracte quan l'altra l'ha induït a celebrar-lo mitjançant amenaces, de tal manera que, sense elles, o no l'hagués celebrat, o l'hagués conclòs en unes condicions diferents.

2.- Per tal que el contracte sigui anul·lable, l'amenaça ha de ser explícita, i la víctima no ha de tenir una alternativa raonable. L'amenaça pot consistir en la realització d'un mal que és il·lícit causar, o en un mal que és il·lícit utilitzar-lo com a mitjà per concloure el contracte.

3.- El mal amb el que s'amenaça pot recaure sobre la persona o béns de l'altre contractant, o sobre la persona o béns d'un tercer, i ha de ser imminent i greu.

4.- Per tal de qualificar l'amenaça cal atendre a les circumstàncies de la persona que la pateix. Si l'amenaça consisteix a causar un dany a un tercer, s'ha de valorar també la relació entre l'amenaçat i el tercer.

CONCORDANCES

Arts. II.-7:206, 4:108 PECL, 3.9 Unidroit PICC, 50 CESL, 152 CEC, 1299 PMCC, 60 a 62 Pr. Terrè.

COMENTARI

En primer lloc, cal destacar que, a diferència del que fa el CCEsp i també la PMCC, que parlen de "violència i intimidació", el precepte, en la línia de les propostes harmonitzadores del dret contractual, utilitza l'expressió "amenaces". La raó és que, segons el nostre parer, el concepte de "violència" com a força física "irresistible" no suposa una simple manca de llibertat, sinó una manca de

consentiment, i per tant no és un simple vici del consentiment sinó que, com diem, no hi ha consentiment.

L'amenaça implica, com diem, una falta de llibertat. Hi ha un coneixement de la realitat –a diferència del que passa amb l'error i amb l'engany, en què el coneixement és equivocat-, però les amenaces rebudes fan que, conscientment, es conclouï un contracte que d'altra manera no es conclouria o es pactaria amb unes condicions diferents.

Una falta de llibertat pot donar-se en molts casos, però no sempre el contracte es podrà anul·lar. Per tal de poder anul·lar el contracte, l'amenaça ha de reunir una sèrie de requisits:

a) En primer lloc, i tal com es dedueix de la redacció literal de l'apartat primer de l'art. 612-54, l'amenaça ha de provenir de l'altra part, i no d'un tercer. Això és important, perquè introdueix un fonament de culpabilitat en l'anul·lació del contracte: el contracte es podrà anul·lar no només per la manca de llibertat d'un dels contractants, sinó també perquè ha estat precisament l'altra part la que ha originat aquesta falta de llibertat. En conseqüència, si l'amenaça deriva d'un tercer, i l'altra part és aliena a aquesta amenaça, el contracte no es podrà anul·lar en virtut de l'art. 612-54 (sens perjudici del que disposa l'art. 612-55 respecte als tercers).

b) L'amenaça consisteix en la causació d'un mal imminent i greu. En la línia del CCEsp i de la PM, es parla de "mal" i de "dany" com fan les propostes harmonitzadores; tot i que es tracta de conceptes gairebé equivalents, s'ha preferit l'expressió "mal" perquè no té un caire tan patrimonial. El concepte d'"imminent" – que és utilitzat per la gran majoria de textos legals- pot resultar equívoc; s'ha d'entendre en el sentit de què hi ha d'haver una certesa que es produirà el dany, en un termini de temps més o menys immediat. La idea de "gravetat" és subjectiva, per la qual cosa s'ha d'atendre, més que al mal concret amb el qual s'amenaça, a la importància que per al subjecte amenaçat té aquest mal; per això, per qualificar l'amenaça s'han de considerar, tal com diu l'apartat quart, les circumstàncies concretes de la persona amenaçada: un mateix acte pot constituir una amenaça greu per a una persona, o ser irrellevant per a una altra.

c) El mal pot afectar la persona o patrimoni del propi subjecte amenaçat, la seva família, o altres persones o béns. Lògicament, com diu l'apartat 4, cal valorar la relació d'aquest tercer amb l'amenaçat per veure la influència que pot haver tingut l'amenaça en la prestació del consentiment.

d) El mal amb el que s'amenaça és un dany que és il·lícit causar, o il·lícit per utilitzar-lo com a mitjà per obtenir la conclusió del contracte. Per tant, el mal no tan sols pot consistir en portar a terme un fet il·lícit (per exemple, amenaçar la integritat física del contractant o de la seva família), sinó també en la realització d'un acte de per si lícit, com passa en el xantatge (per exemple, l'altre contractant amenaça amb revelar a Hisenda certes pràctiques). Quant a l'amenaça d'incomplir un contracte, s'haurà d'apreciar cas per cas; si bé, per norma general, l'amenaça serà il·lícita si s'utilitza per obtenir unes millors condicions contractuals, quan aquesta amenaça constitueixi simplement l'anunci d'uns efectes inevitables, no serà il·lícita; així, per exemple, si davant la precària situació econòmica d'un empresari, aquest adverteix a la víctima que, de no renegociar el contracte, anirà a la fallida, això no constitueix una amenaça il·lícita.

e) No s'exigeix que l'amenaça sigui l'única raó que ha motivat la celebració del contracte. L'amenaça ha d'haver influït de manera important, però no necessàriament exclusiva, en la prestació del consentiment contractual.

f) Manca d'alternativa raonable. No es considerarà que una amenaça indueix a celebrar el contracte si, atenent a les circumstàncies de la part amenaçada, aquesta tenia una alternativa raonable. La raó és que, en aquest cas, no serà l'amenaça sinó altres motius els que hauran impulsat la celebració del contracte. Provada l'amenaça, serà la part que la va provocar la que, si escau, haurà d'acreditar l'existència d'aquesta "alternativa raonable".

g) El fet o l'acte il·lícit amb què s'amenaça podrà ser causat per la part que amenaça, o per un tercer; és a dir, tant és amenaçar amb "et mataré", o "faré que et matin".

g) L'amenaça ha de ser explícita, com diu l'apartat 2. Es recull en aquest sentit la idea de l'art. 1267.fin CCEsp: "El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respecto no anulará el contrato". Així doncs, l'anomenat "temor reverencial" pot suposar una falta de llibertat, però no és suficient per donar lloc a l'anul·lació del contracte.

Article 612-55. Vicis ocasionats per terceres persones

Quan un tercer causa l'error, l'engany o les amenaces, la part que ha sofert el vici només pot anul·lar el contracte si l'altra part contractant:

a.- Ha de respondre dels actes del tercer; o

b.- Coneix el vici o l'havia raonablement de conèixer, i se n'ha aprofitat per aconseguir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

CONCORDANCES

Arts. II.-7:208 DCFR, 4:111 PECL, 3.11 Unidroit PICC, 1268 CCEsp, 1302 PMCC, 62 Pr. Terrè.

COMENTARI

L'art. 612-55 es refereix al cas en què el vici del consentiment no hagi estat provocat per l'altra part sinó per un tercer. La doctrina que, en línies generals, es pot extreure del precepte, és que l'altre contractant podrà veure anul·lat el contracte no només en els casos en què aquest tercer sigui un empleat o un representant seu, sinó també quan tingui o hagi de tenir coneixement d'aquest vici del consentiment, o quan se n'hagi aprofitat. Així doncs, en nom de la protecció de la llibertat contractual de la víctima, la culpabilitat de l'altre contractant no és un requisit imprescindible per poder anul·lar un contracte per vicis del consentiment.

Els casos en els quals es podrà anul·lar el contracte quan el vici hagi estat causat per un tercer són els següents:

- a.- Quan s'és responsable dels actes del tercer. No hi ha dubte que aquesta responsabilitat existeix quan el tercer és un empleat o un mandatari de l'altra part contractant. Si, per exemple, aquest mandatari ha conclòs un contracte mitjançant maniobres doloses, el principal podrà veure anul·lat el contracte, encara que ell hagi estat aliè a aquestes pràctiques.
- b.- Malgrat que l'altre contractant no sigui responsable del comportament del tercer, també podrà anul·lar el contracte si aquell coneixia o podia raonablement esperar-se que conegués les maniobres emprades pel tercer per a la conclusió del contracte, i s'ha aprofitat del vici per aconseguir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

Article 612-56. Avantatge injust

1.- Quan el coneixement equivocat resulta de la inexperiència, la ignorància, la manca de previsió o la relació de confiança de la víctima amb l'altra part, o quan la manca de llibertat la provoca la relació de dependència amb l'altra part, la situació econòmicament angosant o la necessitat imperiosa, el contracte s'anul·la només en

el cas que l'altra part, tot coneixent o havent de conèixer aquestes circumstàncies, se n'aprofita i obté un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

2.- Els requisits exigits per l'apartat 1 d'aquest article per a l'anul·lació del contracte es presumeixen quan la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la contraprestació que rep és inferior a la meitat del valor de la seva prestació. La presumpció admet la prova en contrari per l'altra part, la qual també pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en la concurrència d'una causa gratuïta.

3.- La part perjudicada podrà sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte d'acord amb les exigències de la bona fe i el que sigui usual en el tràfic jurídic. El jutge també podrà adaptar el contracte a petició de la part que hagi rebut la notificació d'anul·lació per avantatge injust, sempre que aquesta ho comuniqui en un termini raonable a la part que va demanar l'anul·lació.

4.- En la compravenda de consum, el contracte es pot anul·lar, a més d'allò regulat per l'apartat 1, si ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor contrari a les exigències de la bona fe i la honradesa de tractes.

CONCORDANCES

Arts. 621-45 a 621-47 Avpr. Llibre sisè CCCat, II.- 7:207 DCFR, § 138.2 BGB, 4:109 PECL, 3:10 Unidroit PICC, 51 CESL.

COMENTARI

1.- Requisits per l'anul·lació del contracte per avantatge injust

Abans s'ha vist com el coneixement equivocat de la realitat podia donar lloc a l'anul·lació del contracte per error o dol. Tots dos vicis exigien, en major o menor mesura, una intervenció de l'altre contractant, ja sigui enganyant o provocant l'error. El mateix passa amb la falta de llibertat provocada per les amenaces, en les que l'altra part ha d'intervenir, directa o indirectament. Però tant el coneixement equivocat, com la falta de llibertat, poden derivar de circumstàncies que res tenen a veure amb l'altra part contractual. Malgrat això, el fet que aquesta altra part se n'aprofiti d'aquestes circumstàncies, permetrà l'anul·lació del contracte.

Així doncs, els requisits necessaris per a poder anul·lar en aquests casos el contracte són els següents:

1r.- La situació de debilitat de la víctima. La víctima es troba en una situació de debilitat, que pot tenir orígens diversos.

a.- En primer lloc, la debilitat pot derivar de la manca de llibertat. Igual que passa amb les amenaces, la víctima és conscient del perjudici que li suposa la conclusió del contracte, però el conclou no per una amenaça externa explícita, sinó perquè no té un altre remei. Això pot ocórrer quan aquesta part "tenia una relació de dependència amb l'altra" -quan, encara sense amenaces de l'altra part, contracta per no contrariar tement que, si no actua així, puguin haver represàlies a conseqüència de la posició "superior" en què es troba l'altra part-; si es trobava en dificultats econòmiques, o tenia "necessitats urgents" (per exemple, quan a la part li calia irremeiablement un servei i no hi havia manera d'aconseguir-ho).

b.- I, en altres casos, la víctima, per les seves circumstàncies personals, pot no ser del tot conscient del perjudici que li suposa el contracte en qüestió: quan tenia amb l'altra part una relació de confiança" (pensa que l'altra part no s'aprofitarà d'aquesta confiança), o era imprevisora, ignorant, o inexperimentada, conceptes aquests últims que fan referència tots ells certament a una situació de debilitat, però també a una falta de diligència de la víctima (si es tracta de un contracte de certa transcendència, l'"inexpert" hagués degut demanar l'assessorament d'un expert). Tot i que, a diferència del que fa el DCFR, s'ha eliminat la referència a la manca de "habilitat en la negociació" com a situació de debilitat que podria donar lloc a l'anul·lació del contracte, se li podria intentar donar acomodatament dins del concepte d'inexperiència.

2n.- El coneixement de la situació de debilitat per l'altra part contractant. Cal que l'altra part contractant conegui o hagi de conèixer aquesta situació de l'altre contractant, i se n'aprofiti per obtenir un avantatge o benefici. És a dir, per poder anul·lar el contracte la part afavorida ha de saber que conclou un contracte que li és avantatjós per la falta de llibertat o per la situació de debilitat de l'altre. Per tant, si la part que ha obtingut l'avantatge no hagués pogut saber que l'altra es trobava en una situació de debilitat, el contracte no es podrà anul·lar. La dificultat estarà en esbrinar quan el beneficiat sabia o havia de conèixer aquestes circumstàncies. Per això, s'estableix a l'apartat segon de l'article la presumpció que aquest coneixement –i els altres requisits- es compleixen quan hi ha lesió *ultradimidium*.

3r.- L'obtenció d'un "benefici excessiu" o d'un "avantatge injust". A diferència del que passa respecte de la resta vicis del consentiment, per poder anul·lar el contracte per

explotació injusta es requereix un element objectiu: el "benefici excessiu" o l'"avantatge manifestament injust" aconseguits per l'altra part contractant.

El concepte de "benefici" es refereix especialment el preu, en el sentit que la situació de debilitat pot provocar que es pagui un preu molt superior o es rebi una contraprestació de valor molt inferior al que seria normal. L'article, com tampoc cap dels seus precedents, no ofereix cap mesura del perjudici/benefici; per això és novament útil la presumpció de l'apartat segon de l'article, de tal manera que si lesió és superior al 50% es presumeix que hi ha un benefici excessiu; quan no s'arribi a aquest percentatge, o l'avantatge no es pugui quantificar en aquestes magnituds, el contracte també es podrà anul·lar si s'aconsegueix demostrar que el benefici és excessiu.

2.- La possibilitat d'adaptació del contracte

L'anul·lació del contracte no és l'únic remei que té la part perjudicada per l'avantatge injust. Si així se sol·licita per qualsevol de les parts, el jutge podrà adaptar el contracte a "les exigències de la bona fe i el que sigui usual en el tràfic jurídic".

Cal tenir present que si l'adaptació la sol·licita la part perjudicada pel contracte, l'altra part podria interessar celebrar el contracte en les condicions acordades, però no en les condicions un cop feta l'adaptació, per molt que aquesta adaptació es faci d'acord amb les exigències de la bona fe i la justícia. És a dir, si per exemple s'ha acordat una venda a un preu reduït, al comprador podrà no interessar realitzar la venda al preu superior fixat pel jutge a qui la víctima sol·licita que adapti el contracte, per molt que aquest preu sigui el preu just. Per això entenem que aquesta facultat d'adaptació en aquest cas ha de ser exercida pel jutge amb certa prudència, el que es reflecteix en el precepte amb la referència a la bona fe.

L'adaptació també la pot sol·licitar la part beneficiada pel contracte. En aquest cas l'adaptació ja és molt més raonable, ja que es fa a instàncies de la part que per l'anul·lació resultarà perjudicada pel que fa a les condicions inicialment pactades. Perquè prosperi la sol·licitud d'adaptació, es requereix que aquesta es comuniqui en un termini raonable a la part que va demanar l'anul·lació, per tal que aquesta manera no actuï ja com si el contracte s'hagués anul·lat.

Article 612-57. Anul·lació del contracte

1.- L'anul·lació del contracte té lloc:

a.- Per la comunicació fefaent dirigida a l'altra part, amb expressió de les causes en què es basi.

b.- Per l'oposició de l'excepció corresponent davant la demanda de compliment de l'altra part.

c.- Per la resolució judicial que la declara a conseqüència de l'exercici de l'acció d'anul·lació.

2.- El termini per a anul·lar el contracte, en els casos de les lletres a) i c) del número anterior, és de quatre anys, comptats d'acord amb el que s'estableix en els articles següents. En el cas de la lletra b), no hi ha termini.

CONCORDANCES

Arts. II.-7:209 DCFR, 3.14 Unidroit PICC, 4:112 PECL, 148 CEC, 52.1 CESL, 1301 CCEsp, 1304 PMCC.

COMENTARI

L'anul·lació del contracte es pot fer judicialment o extrajudicialment.

a.- Per anul·lar un contracte n'hi ha prou amb la notificació de la part legitimada a l'altra part. Almenys inicialment, no és necessària la intervenció judicial. La notificació s'haurà de fer per qualsevol mitjà fefaent, amb la indicació de la causa en què es basi. I també es pot oposar com a excepció davant la pretensió de compliment de l'altra part, sense que sigui necessari que es formuli com a reconvenció.

b.- Per tant, la via judicial no és obligatòria. Ara bé, davant la resistència de l'altra part, es podrà exercitar judicialment l'acció d'anul·lació.

El termini per a notificar extrajudicialment l'anul·lació, o per exercitar judicialment l'acció de nul·litat, es de quatre anys. S'ha considerat adient mantenir el termini general de quatre anys, previst en altres preceptes legals (entre d'altres, art. 236-31.2 CCCat en matèria d'anul·lació dels actes fets pels pares sobre béns dels fills sense l'autorització corresponent, o art. 422-3.2 CCCat sobre l'acció per demanar la nul·litat dels testaments). S'ha evitat, doncs, parlar d'un termini "raonable", com fa l'art. II.-7:210 DCFR, o escurçar el termini fins als dos anys, com

fa l'art. 1304 PMCC. Ara bé, mentre l'altra part no demani el compliment del contracte, cal dir que la facultat d'anul·lar el contracte segueix "viva", si bé, en el cas que hagi passat el termini, només es podrà exercir per la via d'excepció quan es demani el compliment del contracte.

Article 612-58. Legitimació i còmput del termini per a l'anul·lació del contracte

1.- Els contractes conclusos per les persones amb manca de capacitat han de ser anul·lats:

a.- Pels seus representants legals, cas en què el termini de quatre anys es compta des de la conclusió del contracte.

b.- Per elles mateixes quan adquireixen o recuperen la capacitat necessària, moment en què comença el còmput del termini.

2.- Els contractes conclusos amb manca de coneixement o de llibertat han de ser anul·lats per la persona que ha patit el vici o pel seu representant legal. El termini es comença a comptar:

a.- En els casos d'error o engany, des que la part legitimada coneix o raonablement pot conèixer els fets o circumstàncies que fonamenten l'anul·lació.

b.- En els casos d'amenaçes, quan la persona amenaçada ja pot actuar lliurement.

c.- En els casos d'avantatge injust, des de la conclusió del contracte.

CONCORDANCES

Arts. 1301 CCEsp, 1304 PM, II.-7:210 DCFR, 3.15 Unidroit PICC, 4:113 PECL, 148.5 CEC, 52.2 CESL.

COMENTARI

L'acció d'anul·lació no és una acció pública, com la de nul·litat, sinó que només es pot exercir per la part del contracte que ha patit el vici, o en el cas de manca de capacitat, pel propi incapaç quan recupera la capacitat o pel seu representant legal.

La determinació del *dies a quo* és important, ja que s'ha d'intentar conjugar dos principis: la protecció de la part que ha patit el vici, i la seguretat jurídica. El primer hauria de suposar que mentre el vici persistís no comencés a córrer el

termini; en canvi, el segon aconsellaria no allargar excessivament el termini. El primer principi s'ha imposat sobre el segon en els següents supòsits:

- a.- En els contractes amb manca de capacitat, que podran ser anul·lats pel menor una vegada ha arribat a la majoria d'edat;
- b.- Quan hi ha error o engany, el contracte pot ser anul·lat des que es pot conèixer l'error;
- c.- En les amenaces, quan aquestes han cessat.

Una concessió al principi de seguretat jurídica es troba quan el contracte es pot anul·lar per avantatge injust; el termini es comença a comptar des de la conclusió del contracte, i per tant, podrà succeir que, encara que el vici o el desconeixement persisteixi (per exemple, la situació de necessitat, o la ignorància), ja hagi transcorregut el termini per anul·lar el contracte.

Article 612-59. Efectes de l'anul·lació

1.- El contracte anul·lable produeix els seus efectes propis mentre no es decreta la seva anul·lació, però si aquesta es produeix té efectes retroactius.

2.- Una vegada anul·lat el contracte, si aquest ha estat executat, total o parcialment, les parts s'han de restituir recíprocament els desplaçaments patrimonials que s'hagin produït i, si no és possible, s'aplicaran les regles de l'enriquiment injustificat.

3.- Cap dels contractants no pot exigir a l'altre el compliment de les obligacions derivades de l'anul·lació del contracte mentre ell no compleixi les seves.

4.- Si l'anul·lació del contracte deriva de la manca de capacitat d'una de les parts, la seva obligació es limita a allò amb què s'hagués enriquit amb la prestació rebuda.

CONCORDANCES

Arts. 1303 i 1304 CCEsp, 1306 PM, II.-7:212 DCFR, 3.17 Unidroit PICC, 4:115 PECL, 147 CEC, 54 CESL.

COMENTARI

Mentre no es produeix l'anul·lació d'un contracte anul·lable, aquest produeix els efectes que li corresponen; ve a ser com un contracte vàlid, si bé amb l'amenaça temporal de l'anul·lació. Una vegada el contracte és anul·lat, la regla general és que es considera com si aquest contracte -o la part d'aquest que s'ha anul·lat- no hagués produït cap; l'anul·lació té, doncs, efectes retroactius. És a dir, s'ha de tornar a la

situació en la que les parts es trobaven en el moment de concloure el contracte, el que implica la restitució recíproca dels desplaçaments patrimonials que s'hagin produït. Hi haurà certs casos, però, en què això no serà possible; per exemple, quan el que s'ha efectuat sigui una prestació de fer o de no fer, o quan, simplement, les coses objecte del contracte no es poden tornar per haver-se destruït o estar en poder de tercers; en aquests casos, no hi haurà altre remei que aplicar el règim de l'enriquiment injustificat. I si el contracte s'ha anul·lat perquè una de les parts és incapaç, la seva obligació de restitució es limita a la mesura del seu enriquiment.

En matèria de restitució s'apliquen les regles de les obligacions sinalagmàtiques: una part no pot exigir el compliment de la prestació de l'altra si no està disposada a complir la que a ella li correspon.

Article 612-60. Nul·litat parcial del contracte

Quan les causes d'anul·lació afecten només determinades clàusules del contracte, els efectes de l'anul·lació es limiten a aquestes clàusules, llevat que, valorades totes les circumstàncies, resulti més raonable anul·lar tot el contracte.

CONCORDANCES

Arts. 1309 PMCC, II.-7:207(2) i II.-7:213 DCFR, 4:109(2) i 4:116 PECL, 3.10 i 3:16 Unidroit PICC, 144 CEC, 54.2 CESL.

COMENTARI

La possibilitat d'anul·lació parcial del contracte. Si la conclusió del contracte s'ha produït per la manca de capacitat, l'anul·lació recaurà tot el contracte.

Si la causa de l'anul·lació ha estat un consentiment viciat, la regla general també és que aquest vici del consentiment produirà la nul·litat de tot el contracte. Així, per exemple, si mitjançant amenaces una persona accedeix a la venda d'un terreny, tot el contracte està afectat pel vici d'intimidació i podrà anul·lar-se en la seva totalitat; el vici afecta el contracte en si mateix, que no s'hagués celebrat sense l'amenaça. Ara bé, de vegades el vici pot afectar només a algun aspecte o element del contracte. Suposem, per exemple, que A pacta amb un mecànic que li repari dues motocicletes antigues, ignorant que amb una d'elles no podrà tornar a circular perquè en el seu moment va ser donada administrativament de baixa. En afectar el

vici (error) a només una part del contracte, és coherent només s'anul·li aquesta part del contracte, quedant la resta en vigor.

Hem posat el cas d'un contracte amb una pluralitat de prestacions. En realitat, en l'exemple citat, tot i que formalment es pugui estar davant d'un únic contracte, la "divisibilitat" de l'objecte del contracte afavoreix la possibilitat d'anul·lació parcial. Podríem estar davant de dos contractes independents, cas en el qual no plantejaria cap problema la possibilitat de declarar nul un i vàlid l'altre. Per això, en el cas de pluralitat de prestacions, ofereix menys problemes la nul·litat parcial del contracte, que podrà produir-se llevat que aquestes prestacions siguin interdependents. Si la pluralitat de prestacions dóna lloc a una pluralitat de contractes, la possibilitat d'anul·lar només algun d'ells es facilita; ara bé, el fet que hi hagi una pluralitat de contractes no ha d'impedir, si es tracta de contractes vinculats, que la nul·litat d'un impliqui la dels altres.

Si es tracta d'un contracte en què cada part ha de complir una única prestació (per exemple, construir un edifici en un solar), també serà possible que es declari la nul·litat parcial: quan la causa de nul·litat afecte alguna de les clàusules no essencials del contracte.

Article 612-61. Extinció de la facultat d'anul·lació

1.- El contracte no s'anul·la si la part legitimada confirma el contracte, expressament o tàcitament, sempre que conegui la causa d'anul·lació i aquesta hagi cessat.

2.- La facultat d'anul·lar també s'extingeix quan l'objecte del contracte es perd per dol o culpa de la part legitimada. S'exceptua el cas que la causa de nul·litat sigui la manca de capacitat d'una de les parts, si l'objecte s'ha perdut durant l'estat d'incapacitat.

CONCORDANCES

Arts. 1309 a 1314 CCEsp, 1307 i 1308 PMCC, II.-7:211 DCFR, 4:114 PECL, 3:12 Unidroit PICC, 149.2 CEC, 53.1 CESL.

COMENTARI

1.- La confirmació del contracte

El contracte subscrit amb algun vici del consentiment o amb manca de capacitat podrà ser confirmat per la víctima. Aquesta confirmació implicarà que el contracte anul·lable quedi "curat", en el sentit que ja no es pot exercir l'acció de nul·litat. Per a tal confirmació, són necessaris els següents requisits:

a.- Que la part legitimada conegui la causa d'anul·lació i aquesta hagi cessat. Així, per exemple, en els casos d'amenaques o estat de necessitat, es requereix que aquestes hagin cessat.

b.- La confirmació es pot fer de manera expressa, o tàcitament. Un exemple de confirmació tàcita és que se segueixin utilitzant els béns objecte del contracte (i, en matèria testamentària, l'art. 422-3.3 CCCat). Així mateix, la regla general és que el compliment del contracte, tenint notícia de la causa de nul·litat, suposa una confirmació tàcita; ara bé, aquesta regla general hauria d'admetre excepcions, com podria ser el cas en què, conegut el vici poc abans del compliment del contracte, no hagués passat un "termini raonable" per poder assessorar-se per un expert sobre la possibilitat d'anul·lació del contracte.

Cal tenir present es pot confirmar-se el contracte encara que el termini per a notificar l'anul·lació hagi caducat, ja que, tot i haver caducat l'acció, la causa de nul·litat es podria al·legar com a excepció davant la pretensió de compliment del

contracte.

2.- Extinció de l'acció de nul·litat per la pèrdua de la cosa

Atès que la declaració de nul·litat determina l'obligació de restitució de les recíproques prestacions, resulta coherent que, si la part legitimada per anul·lar el contracte no pot restituir l'objecte rebut perquè, per culpa o dol l'ha perdut, el contracte no es pugui anul·lar. Es penalitza, doncs, la negligència de la víctima, excepte en el cas que aquesta sigui menor d'edat o incapaç.

Subsecció tercera: La protecció del crèdit

Article 612-62. Contractes en frau de creditors

1.- Són fraudulents els contractes conclusos pel deutor que impedeixin als creditors cobrar el que se'ls deu.

2.- Hi ha frau quan la transmissió es fa a títol onerós i es dona alguna de les següents circumstàncies:

a.- La transmissió es fa a favor de persones especialment relacionades amb el deutor;

b.- El deutor es troba en una situació d'insolvència notòria; i

c.- El deutor ha realitzat la transmissió després d'haver-se dictat contra ell sentència condemnatòria o manament d'embargament dels seus béns.

CONCORDANCES

Arts. 1291 i 1297 CCEsp; 1310 i 1314 PMCC, 531-14 CCCat, 154 CEC.

COMENTARI

Dins del capítol de la ineficàcia dels contractes s'ha considerat adient incloure els contractes en frau de creditors, que es pot dir que són ineficaços enfront d'aquests. És a dir, es tracta d'uns contractes vàlidament conclusos, però que es podran atacar a conseqüència del perjudici que produeixen als creditors, pel fet que no podran cobrar el que se'ls deu. És a dir, el deutor, per tal de sostreure els béns de l'acció dels seus creditors, el que fa és transmetre els seus béns a altres persones. Aleshores, el que fa el precepte es considerar com a fetes en frau de creditors una sèrie de transmissions, el que tindrà les conseqüències que s'estableixen en l'article següent.

El precepte presumeix el frau en una sèrie de transmissions. Es tracta d'una presumpció que és *iuris et de iure*, és a dir, que no admet prova en contrari. Hi podran haver més contractes en frau de creditors, però en aquests altres casos el frau s'haurà d'acreditar. I val a dir que el contracte podrà ser fraudulent amb independència de la bona o mala fe per part de l'adquirent: aquest pot ser totalment aliè a la finalitat de frau, i veure's sotmès a l'acció dels creditors, com es veurà a l'article següent.

Article 612-63. Inoposabilitat

- 1.- Els actes i contracte gratuïts que perjudiquen els creditors i els onerosos conclusos en frau de creditors no es poden oposar als creditors mentre no n'hagi prescrit la pretensió. Els creditors podran executar els béns transmesos del patrimoni de l'adquirent en la mesura necessària per cobrar els seus crèdits.*
- 2.- Si l'adquirent és de mala fe, respondrà del perjudici produït quan hagi alienat els béns, o quan aquests s'hagin deteriorat o perdut per qualsevol causa. Si és de bona fe, només respondrà en la mesura en què s'hagi enriquit.*
- 3.- Si els béns transmesos es troben en el patrimoni d'un subadquirent, els creditors només els podran executar quan aquells hagin adquirit a títol gratuït, o siguin de mala fe.*
- 4.- Hi ha mala fe en l'adquirent o en el subadquirent quan aquest coneix el caràcter perjudicial de la transmissió.*

CONCORDANCES

Arts. 1291 i 1297 CCEsp; 1310 i 1314 PMCC, 531-14 CCCat, 154 CEC.

COMENTARI

Els actes i contractes gratuïts que perjudiquen els creditors són inoposables a aquests en virtut de l'art. 531-14 CCCat; els termes de la protecció dels creditors han estat concretats per les Sentències del TSJ de Catalunya de 6.12.2000 i 28.2.2005, que estableixen que el termini de la pretensió d'inoposabilitat és el la pretensió principal que es protegeix mitjançant aquesta figura.

El frau de creditors determina que la transmissió produïda no es pugui oposar als creditors. És a dir, d'igual manera que els creditors es podien dirigir contra certs béns quan aquests estaven en poder del deutor, es podran dirigir contra aquests

mateixos béns quan estiguin en mans de tercer. I es tracta d'una facultat que tenen els creditors que la podran exercir mentre els seus crèdits no hagin prescrit. En definitiva, no és que es rescindeixi el contracte, sinó que el contracte segueix vigent però, d'igual manera que passa respecte a les donacions en l'art. 531-14 CCCat, o en la renúncia a l'herència en l'art. 461-7 CCCat, la transmissió no serà oposable als creditors.

La bona o mala fe de l'adquirent –és a dir, si és o no còmplice en el frau- és indiferent respecte a la no oponibilitat de la transmissió al creditor. Si té transcendència, en canvi, en el cas que ja no tingui els béns, o aquests s'hagin deteriorat, ja que si és de mala fe se'l fa responsable de la pèrdua o deteriorament.

Quant al subadquirent, només estarà totalment protegit quan hagi adquirit a títol oneros i sigui de bona fe.