

# Parte Primera. El proceso contractual

## Capítulo 1

### Introducción al derecho de contratos

Sumario:

- [I. El contrato](#)
- [II. Ordenación sistemática del Derecho de contratos](#)
- [III. Contratos y acuerdos no vinculantes](#)
- [IV. El principio de autonomía contractual](#)
- [V. Transacciones económicas sin contrato](#)
- [VI. El polizonaje](#)
- [VII. Promesas unilaterales](#)

## EL CONTRATO

1/1

Fuente de obligaciones y vinculatoriedad.

Para el [CC](#) la figura del contrato es la fuente (la principal) de creación de obligaciones por medio del consentimiento bilateral (art. 1254). Pero el contrato es más que esto. Mediante el contrato se transfieren bienes y servicios de unas manos a otras, procurando su empleo y aprovechamiento óptimo. El contrato asigna entre los particulares riesgos futuros, para evitar los cuales una parte está dispuesta a pagar a otra<sup>1</sup>). El contrato asegura expectativas en las relaciones interpersonales, permitiendo esperar su cumplimiento por medio de la fuerza de ley que tiene la palabra dada. El contrato califica ocasionalmente contingencias o estatuye un programa normativo futuro cuando todavía no existe ningún compromiso («contrato normativo»). No pocas de estas funciones se desempeñan sin necesidad de afectar a la conducta de una u otra de las partes creando promesas, pero sí es de esencia que los predicados lingüísticos que se crean por contratos sean «vinculantes».

1/2

Nomenclaturas.

En la doctrina se han ensayado diversas categorías y clasificaciones de contratos, que en una medida se solapan con las calificaciones que se hacen de los negocios jurídicos en general. El contrato al que va a referirse esta obra es el contrato de cambio, no el contrato plurilateral mediante el que un conjunto de persona se asocian para realizar un fin común, decisión que obedece a razones logísticas, dado que en el segundo caso no se puede explicar el Derecho de contratos sin comprender en él el régimen de la organización personificada; aunque al respecto habría que matizar, el Derecho de contratos no es la forma óptima, por ejemplo, para analizar una sociedad mercantil. Por eso es preferible que el contrato societario se analice en un Derecho de Sociedades, y no que la sociedad como corporación se analice en un tratado de Derecho de contratos. El contrato (de cambio) por excelencia, y que es el principal objeto de esta obra, es el contrato que crea obligaciones recíprocas, y que llamaremos unas veces contrato bilateral, otras oneroso o sinalagmático. Pueden existir contratos de los que nacen obligaciones unilaterales (vgr. devolver el dinero prestado), pero que sean a su vez onerosos (vgr. el préstamo genera intereses). Y hay contratos originariamente unilaterales (vgr., el depósito, el comodato) que pueden devenir bilaterales cuando haya que liquidar la relación resultante (vgr. resarcimiento de gastos hechos). La terminología, y la teoría que subyace, no son seguras, y no ha de darse excesiva importancia a la cuestión nominal, entendiendo cada expresión en el contexto en que se emplee. Los contratos a

título gratuito se conocen también como contratos a título lucrativo, y en el art. [1274](#) CC como contratos de beneficencia. Tampoco seremos escrupulosos con esta terminología, pero debemos mantener una doble nomenclatura, porque es preciso distinguir entre aquellos actos que son a título gratuito, pero que pueden no comportar un fin de beneficencia (se hace por ejemplo un préstamo gratuito a la sociedad propia para sacarla de apuros) y aquellos actos gratuitos que son liberalidades en cuanto que el disponente no tiene ningún interés patrimonial en ellos, como es la donación pura. La locución contrato real la empleo en el sentido usual, designando aquel contrato (básicamente, el préstamo, el comodato y el depósito) cuya perfección requiere, además del consentimiento, la entrega de la cosa o del dinero<sup>2</sup>). Se habla de contratos mixtos para referirse a aquellos negocios que combinan elementos específicos de distintos tipos contractuales, sin que lleguen a existir dos tipos contractuales autónomos, como el contrato de enajenación en el que la

contraprestación consiste parte en precio y parte en otra cosa específica (cfr. art. [1446](#) CC) o en la permuta con prestación subordinada de obra<sup>3</sup>) o en el contrato mixto pero único de viaje

combinado que regula el art. 151 TR [LGDCU](#); plantean interesantes cuestiones de selección de la norma aplicable<sup>4</sup>). En los contratos coligados dos tipos negociales completos y autónomos se funden en una interconexión causal para servir a un propósito negocial que no podría ser alcanzado con cada uno de los tipos negociales que se emplean de consuno<sup>5</sup>). Finalmente, por contratos complejos se conocen aquellos contratos bilaterales donde la prestación y la contraprestación están extraídas de tipos contractuales diversos, de los que se independizan para refundirse en el tipo complejo; así, cuando el precio de la permuta es una prestación de obra. Tampoco aquí la terminología es muy apurada. La categoría de contrato mixto sólo se utiliza por el

legislador en el [art. 18](#) de la [LCSP](#), de regulación de contratos del sector público y probablemente comprenda los contratos mixtos y los complejos<sup>6</sup>). La exacta nomenclatura de estos contratos «complejos» en sentido amplio tampoco es importante, porque la regulación y la interpretación del complejo se realizan sobre la substancia de sus cláusulas y la «intención» (art.

[1281](#) CC) que expresan, no sobre el tipo negocial que las designa<sup>7</sup>). En los casos límites, la calificación como mixto, complejo o coligado será sustancialmente discrecional; pensemos en la compraventa de maquinaria y el compromiso concomitante de prestación de servicio postventa, o en el contrato de hospedaje al que se vincula una prestación adicional de traslado al aeropuerto o en un seguro de vida unit linked en el que se conviene una renta vinculada a las resultados de una inversión financiera. En la compraventa de vivienda con «compromiso» del vendedor de subrogación hipotecaria del comprador, habrá un contrato coligado con tercero (banco acreedor hipotecario), pero si el compromiso en cuestión es vinculante, habrá también un contrato único mixto de compraventa con pago parcial en dinero y mediante asunción de deuda ajena, lo que determina la posibilidad de resolución directa de la compraventa si la subrogación no tiene lugar, y no ya por una especie de desaparición sobrevenida de la causa y sin necesidad de acudir a la «unidad causal» que establece la coligación<sup>8</sup>).

1/3

«Contrato marco» y «Negocio de fijación».

Un contrato marco establece las bases para la contratación singular futura y suministra un estatuto contractual «vinculante» para tales relaciones. ¿Pero en qué sentido es «vinculante»? Imaginemos un contrato marco puro que no contenga ninguna obligación (ni siquiera la obligación de contratar en ejecución del marco)<sup>9</sup>). No puede imaginarse eficazmente una especie de meta-obligación vinculante cuyo contenido fuera que la contratación futura deberá acomodarse a las bases establecidas en este acuerdo. Esta meta-obligación no existe, simplemente porque las partes no pueden vincular sus acuerdos futuros, y mañana pueden acordar un contrato de ejecución que no se acomode a las bases del acuerdo marco. No hay siquiera una obligación de medios. ¿Pero cómo ocurre entonces que los negocios de ejecución futuros que no contengan una regulación

dispar del marco tengan que integrarse con el acuerdo marco? Puede ser que lo diga el propio negocio de ejecución, con una adecuada remisión. En caso contrario, la integración tiene que fundamentarse en el acuerdo marco. Y no como obligación de las partes, sino por la existencia, ahora sí, de una meta-cláusula, incluso implícita, según la cual las bases del acuerdo marco son supletorias de la regulación de los contratos de ejecución. Y esta cualificación normativa no es una obligación; se deberá la prestación futura, con la reglamentación procedente, pero no se debe ni se tiene crédito a esta reglamentación, que no es fuente de obligaciones. Lo mismo ocurre en los «negocios de fijación» puros o «contratos reproductivos»<sup>10</sup>, que no contienen una novación explícita ni implícita ni un pacto transaccional. Un negocio de fijación que despeja entre las partes un estado real o supuesto de incerteza sobre los términos que gobiernan su relación, términos de

hecho o de derecho, no es un contrato obligatorio y por eso tiene todo el sentido el [art. 1224 CC](#) («nada prueban», dice el precepto con expresión figurativa)<sup>11</sup>). Las partes no se obligan a respetar el acuerdo de fijación, no se obligan a dar a su contrato tal sentido. El acuerdo de fijación no tiene contenido propio<sup>12</sup> salvo que cree un nuevo título de deuda<sup>13</sup>). Lo que obligará será el negocio subyacente o precedente, si contiene obligaciones, cuyos términos han sido clarificados por el contrato de fijación; por eso, si el subyacente es ineficaz, y el negocio de fijación no es novación, la ineficacia se traslada necesariamente a éste, porque se trataría de una reglamentación que ya no se sustenta en una prestación debida. Si las partes fijan convencionalmente una realidad jurídica subyacente que ya era clara de suyo, y esto es algo sabido y querido por los declarantes, realizan un negocio de transacción relativamente simulado bajo la forma de otro negocio sin causa.

1/4

Confesiones de hechos.

A veces ni siquiera hay un subyacente. Representémonos una confesión extrajudicial de hechos contenida en una declaración de ciencia unilateral. El sujeto que emite una declaración confesoria (extrajudicial) de un hecho ni se obliga a nada ni refuerza o constata una relación subyacente por la que se obligara a algo ni realiza un acto de disposición<sup>14</sup>). Ni tan siquiera se obliga a no retractarse. Y esto con independencia del problema más general de si las promesas o reconocimientos no bilaterales puede crear obligaciones en el emisor sin necesidad de aceptación de tercero (cfr. infra VII). Imaginemos el caso, por ejemplo, de una carta de patrocinio que se limite a contener débiles declaraciones de hechos o de ciencia. Para no abandonar el terreno bilateral, representémonos en su lugar dos declaraciones cruzadas que contienen confesiones de hechos y que éste sea todo el contenido de un contrato de transacción (cfr. Cap. 4.III.2. § 40). No hay obligaciones, ni siquiera en el subyacente «fijado» o «novado» por el acuerdo nuevo. Las partes no están obligadas a ninguna conducta, no están obligadas siquiera a respetar o atenerse a los términos de la confesión bilateral, porque ese no puede ser el contenido de una obligación civil. Esta confesión en cualquiera de sus formas no es más que un mero hecho, una cosa que ocurre. Puede llegar a merecer el calificado de «acto jurídico» porque es susceptible, y no por fuerza del acuerdo voluntario, de producir efectos jurídicos. Señaladamente, disparar la aplicación de la regla

de los propios actos del [art. 7 CC](#)<sup>15</sup>). Fuera de esto, las partes están situadas en un horizonte de mero hecho donde, por ejemplo, no pueden revocar sus declaraciones (mejor, es irrelevante que las revoquen) y no pueden ni requieren acudir al remedio de la acción de nulidad para neutralizar un error relevante que se hubiera producido en la valoración de la presuposición de hechos que soportaba la transacción o la declaración unilateral. En cualquier momento pueden decir: es mentira lo que dije, y la cosa cursará como un hecho sujeto a las reglas de la prueba. No rigen las reglas de la simulación.

1/5

Coligación contractual: supuestos.

La consecuencia de la interdependencia causal entre dos contratos sería que la desaparición o extinción de uno de los contratos arrastraría como regla la del otro, como una suerte de «desaparición sobrevenida de la causa»<sup>16</sup>) que conllevaría la posibilidad de resolución por arrastre<sup>17</sup>), u otra suerte de ineficacia compartida. Esta interdependencia puede deberse a la

accesoriedad legal de un contrato respecto de otro (vgr. fianza), a una coligación voluntaria [18](#)) o legal [19](#)) o una interdependencia causal. En ocasiones, la coligación está prohibida, como excepción o como regla (cfr. art. 17 Ley 5/2019: hipotecas y seguros). Ejemplos de coligación son el arrendamiento con opción de compra [20](#)), los contratos de arrendamiento financiero [21](#)), los contratos de crédito vinculados a una operación de consumo [22](#)), los de financiación vinculados a una adquisición de derechos de aprovechamiento por turno [23](#)), los contratos de concesión administrativa de autopistas con financiación de terceros y apoyo de los accionistas de la concesionaria [24](#)). Igualmente, en contratos bancarios consecutivos en los que el segundo pretende

«paliar» la nulidad del primero, e invocándose la regla simul stabant simul cadunt, [ [STS 22](#)

[diciembre 2009, \(RJ 2009 703\)](#) y STS 13 enero 2017 ([RJ 2017, 21](#))]. El contrato de swap puede ser accesorio de otros diversos [25](#)), pero ordinariamente su nulidad no arrastra la del contrato asociado (leasing, préstamo hipotecario, etc.), salvo que constituya un derivado implícito por el que se fija el precio del contrato subyacente [26](#)), o por la estructura combinada de la operación compleja [27](#)). La compraventa inmobiliaria y el contrato de préstamo hipotecario suelen ser coligados [28](#)), como lo son el préstamo y la hipoteca [29](#)). Las distintas partes de un convenio urbanístico pueden ser cláusulas de un tipo contractual singular (¿«convenio urbanístico»?), pero la mayoría de las veces son tipos autónomos coligados [30](#)), lo cual importa porque entonces el «tipo transaccional» absorbe y elimina la causa gratuita en la onerosa, aunque una de las prestaciones se realice formalmente por medio de una «donación» [31](#)). El contrato por el que el poseedor civil cede el uso a un tercero debe reputarse prima facie de coligado con el que sirvió a dicho poseedor civil para adquirir su derecho de uso, en la medida en la que el subarriendo queda resuelto con la extinción del arrendamiento principal [32](#)) o el subcontrato de obra queda resuelto con la extinción del contrato principal.

1/5b

Coligación contractual: régimen.

Una vez ejemplificados estos casos, hemos de aprestarnos a añadir que la categoría de «coligación» no tiene efectos normativos [33](#)), y la discutida extensión de la ineficacia entre uno y otro contrato depende de consideraciones adicionales diversas del propio hecho de la coligación y tampoco está condicionada por la doctrina de la causa del contrato. Esta extensión de efectos extintivos [34](#)) depende, primero, de si los contratos son o no contextuales en el tiempo [35](#)). Segundo, de si la nulidad del acuerdo accesorio pretende proteger o no a una determinada parte en el negocio subyacente [36](#)). Tercero, es distinto que el nuevo acuerdo «redunde» o, por el contrario, «sane» los defectos del que le precede; una «transacción» sobre los resultados del primer contrato no puede ser un negocio coligado de éste [37](#)). Cuarto, para determinar los límites y alcance de la nulidad hay que discernir si como consecuencia de la ineficacia en cascada queda acaso una de las partes injustamente enriquecida [38](#)); especialmente interesante es esta regla cuando el contrato accesorio asegure de alguna forma el contrato principal [39](#)). Quinto, por lo general, hay que huir de la coligación cuando las partes en los diversos contratos no son las mismas y no haya una buena razón (por ejemplo, la relación necesaria de accesoriadad [40](#)) para imponer a una parte el riesgo de un contrato ajeno [41](#)). Sexto, la coligación no puede comportar el arrastre de las ineficacias si por cualquiera de las reglas admisibles en derecho (vgr. una delegación de deuda), no se pueden oponer excepciones derivadas de otro contrato subyacente. Séptimo, un negocio accesorio que sería eficaz sin la coligación puede ser arrastrado por la nulidad del contrato principal [42](#)); pero la vinculación causal originaria no comporta que la extinción posterior del contrato principal por causas sobrevenidas arrastre necesariamente la ineficacia del contrato derivado [43](#)). Octavo, de ordinario, un contrato de financiación de una adquisición no puede mantenerse si el contrato adquisitivo es ineficaz, no sólo en la financiación de adquisiciones de bienes y servicios al consumo. Noveno. Los contratos «accesorios» y los «subcontratos» son supuestos de coligación, pero la «conexión causal» entre los dos negocios se asegura por reglas específicas que no pueden generalizarse a otras formas de coligación. Décimo, la circunstancia de que la subsistencia de un contrato esté condicionada a la subsistencia de otro «principal» no comporta necesariamente que puedan cruzarse otras excepciones, distintas de la extinción, entre

unos y otros contratos<sup>44</sup>). Undécimo, por principio, las partes pueden coligar y vincular, con mayor o menor intensidad, dos o más contratos cualesquiera, empleando la técnica de las condiciones (cfr. Cap. 12).

---

1

Todo contrato (no sólo los administrativos, [art. 197](#), Ley 9/2017, [LCSP](#)) se hacen «a riesgo y ventura» del contratista, de cada contratante. El riesgo y la ventura son precisamente el objeto sobre lo que se contrata.

2

La categoría de los «contratos reales» está hoy denostada, y se cuestiona si tales contratos pueden constituirse como puramente obligacionales, lo que importa a efectos de la posibilidad de

resolverlos por incumplimiento del prestatario (cfr. [STS 11 julio 2018, \[RJ 2018, 2793\]](#), que acepta tal posibilidad. Igualmente, STS 10 julio 2020 [ECLI: ES: TS: 2020: 2422]).

3

[STS 29 junio 2016 \(RJ 2016, 3532\)](#): al tratarse de un solo contrato, y no de dos, la enajenación a tercero del solar en que habría que construirse comporta un incumplimiento anticipado del contrato como un todo.

4

Cfr. el contrato mixto de suministro de cosa futura y de obra (instalación), con las consecuencias

que saca de ello la [STS 8 julio 2011 \(RJ 2011, 5009\)](#), CCJC, 90 2012 § 2408, comentario de Hernández Arranz. No pocas veces la calificación «dominante» es decisiva para aplicar uno u otro

plazo de prescripción: cfr. SAP Valencia 29 julio 2010 ([AC 2010, 1358](#)), lo que de hecho provocará un cercenamiento de la causa mixta, en la medida en que la aplicación del contrato «prevalente» comporte la preterición de aquellas normas que hacen del contrato mixto un contrato singular: por ejemplo, en el conocido como negotium mixtum cum donatione o en el contrato de cuenta corriente bancaria, mixto de depósito y de mandato.

5

La cláusula de coligación será nula en las especiales circunstancias del [art. 89.5](#) [LGDCU](#).

6

Obsérvese que los contratos cuyas prestaciones se mezclan no requieren estar sometidos todos a la regulación de contratos administrativos. La LCSP (art. 34.2) establece bajo qué condiciones puede la Administración «fusionar» prestaciones correspondientes a distintos contratos. A diferencia de la «fusión» en contratos mixtos de Derecho privado, en la contratación pública se exige que las prestaciones en cuestión se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional.

7

Así, [STS 1 octubre 2019 \(RJ 2019, 3799\)](#), donde se califica de contrato complejo la suma de una agencia en exclusiva, una franquicia en exclusiva y una distribución en exclusiva.

8

Cfr. [SSTS 12 abril 2013 \(RJ 2013, 3385\)](#), 15 septiembre 2015 ([RJ 2015, 4975](#)).

9

Las cláusulas de arbitraje, de fuero y de ley aplicable no contienen obligaciones. Ni tampoco las cláusulas de cierre de un contrato, como la cláusula de nulidad parcial o la de «contrato completo».

10

Cfr. STS 8 junio 2020 (ECLI: ES: TS: 2020: 1711). Cfr. Cap. 10 §§ 65 y 66.

11

Tampoco un acuerdo que tiene por objeto eliminar el error obstativo de una o de las dos partes.

12

Realmente, ningún contrato tiene fuerza obligatoria tal de la que resulte que los contratantes estén obligados a respetar ese contrato. Repárese en el matiz preciso.

13

El «reconocimiento unilateral» de deuda, si valiera como negocio unilateral, no sería un negocio de fijación, sino un título de deuda nueva. Igualmente, si se contiene en un negocio bilateral con una promesa de quid pro quo. Y si el título carece de quid pro quo, y el beneficiario se limita a aceptar, vuelve a valer, en la medida en que valga, como reconocimiento unilateral de deuda.

14

El reconocimiento o confesión de que un bien inmatriculado a mi nombre es de Pedro no constituye un acto dispositivo en favor de Pedro, aunque luego podrá reivindicar contra mí y resultar en el pleito un hecho favorable a él que yo hiciera aquella declaración (como prueba documental), pero que no podrá servir como título jurídico. Podría, con todo, valer aquella declaración como una fijación o aclaración de una realidad de dominio o título subyacente que pertenece a Pedro. Pero el título tiene que resultar expresado: si Pedro pretende inscribir, no podrá prevalerse de la

presunción del [art. 1277 CC](#) excusarse de la acreditación del título (cfr. RDGN 3 junio 2020, BOE 23 julio); si ejercita contra mí una acción declarativa de dominio, tendrá que probar otro título distinto de mi simple declaración del hecho de la pertenencia.

15

Creo que las reflexiones que preceden sirven para explicar el alcance, también, de la confesión de

privatividad del [art. 1324 CC](#).

16

Cfr. ejemplo de coligación de dos contratos de compraventa, y de propagación al segundo de la

nulidad del primero, [STS 13 febrero 2007 \(RJ 2007, 716\)](#).

17

Cfr. Caps. 4 § 2b y 53; 18 § 7; 22 § 16.

18

[STS 14 diciembre 1951 \(RJ 1951, 1644\)](#).

19

Arts. 28.3 Ley 16/2011, 15.1 Ley 4/2012, respecto del desistimiento del contrato principal y sus efectos sobre el contrato financiero.

20

SAP Barcelona (secc. 15.<sup>a</sup>) 9 julio 2015 [\(JUR 2015, 206614\)](#).

21

[SSTS 26 febrero 1996 \(RJ 1996, 1264\)](#), CCJC, 41 [1996] § 1116, comentario de Marín López;

4 diciembre 1997 [\(RJ 1997, 8728\)](#), CCJC, 46 [1998] § 1262, comentario de Gavidia Sánchez;

24 mayo 1999 [\(RJ 1999, 3927\)](#), CCJC, 51 [1999] § 1391, comentario de Marín López.

22

[STS 19 febrero 2010 \(RJ 2010, 1787\)](#), CCJC, 85 2011 § 2252, comentario de Marín López.

23

24 [STS 28 abril 2015 \(RJ 2015, 1553\)](#), CCJC, 99 [2015] § 2659, comentario de Gil Membrado.

Según la [STS 19 febrero 2020 \(RJ 2020, 483\)](#).  
25

Según la [STS 30 julio 2016 \(RJ 2016, 4582\)](#), no es un contrato «vinculado» con el préstamo subyacente, pero sí «funcionalmente conectado» a éste.  
26

Cfr. [STS 2 febrero 2017 \(RJ 2017, 389\)](#), y comentario de Navas Navarro, CCJC, 104 (2017) § 2779. Derivados implícitos nulos que infectan el negocio principal en su conjunto son resueltos por

SSTS 23 octubre 2019 [\(RJ 2019, 4222\)](#), [16 diciembre 2019 \(RJ 2019, 5203\)](#), 11 junio 2020 (ECLI: ES: TS: 2020: 1575). Cfr. sobre este asunto, a partir de la STS 23 octubre 2019, García Vicente, CCJC, 113 [2020] § 2942.  
27

Cfr. [STS 1 julio 2019 \(RJ 2019, 2771\)](#).  
28

Con la gravosa consecuencia para el banco que se ilustra en la [STS 16 enero 2020 \(RJ 2020, 930\)](#). También, SAP Toledo, 23 marzo 2017 [\(JUR 2017, 139100\)](#), en este caso arrastra la ineficacia de la financiación en virtud de la cláusula rebus sic stantibus. Observemos que no es un problema de coligación que no se obtenga finalmente la financiación (o subrogación hipotecaria) precisa y esperada para comprar, porque en este caso no hay dos contratos vinculados. Para que «caiga» la compraventa en este caso hay que acudir a otras técnicas.  
29

Si se llega a un acuerdo sobre el préstamo, pero no sobre el tipo de garantía a prestar, no existe

acuerdo en modo alguno, y la negociación sigue en el nivel de tratos preliminares (así, [STS 13 diciembre 1989](#) [RJ 1989, 8824]).  
30

Cfr. [RDGRN 5 agosto 2013 \(RJ 2013, 6143\)](#): donación en convenio urbanístico.  
31

[STS 25 marzo 2013 \(RJ 2013, 6694\)](#).  
32

Cfr. [SSTS 27 abril 2012 \(RJ 2012, 4714\)](#), 14 junio 2016 [\(RJ 2016, 2781\)](#).  
33

Por ejemplo, no comporta que los acreedores de uno de los contratos estén ya por eso legitimados

para reclamar con legitimación propia o subrogada el cumplimiento de los otros (contra [STS 19 febrero 2020 \[RJ 2020, 483\]](#)).  
34

Pero también no extintivos, en su caso, como una regla de competencia judicial internacional: STSJUE 23 de diciembre de 2015 (Kampik).  
35

La ineficacia de un contrato de fianza contextual con el crédito habrá de arrastrar la ineficacia de éste, pero no en otro caso.

36

Por lo general, la nulidad del swap no comporta la del contrato subyacente. La ineficacia de un seguro de vida con el prestamista como beneficiario no arrastra la nulidad del préstamo hipotecario.

37

Cfr. [STS 11 abril 2018 \(RJ 2018, 1668\)](#), CCJC, 108 [2018] § 2865, comentario de Martín Faba.

38

Contrastar, respecto de contratos de abanderamiento de estaciones de servicio, [STS 25](#)

[octubre 2007 \(RJ 2007, 8259\)](#) y STS de 29 noviembre 2018 [\(RJ 2018, 5369\)](#). En el segundo, la nulidad del pacto de duración arrastra la de todo el complejo contractual. Es decisivo en estos casos si la extensión general de la nulidad comportaría para el gasolinero un enriquecimiento injusto o no. No es el caso cuando se concede un usufructo a la petrolera, que recae sobre la estación ya construida por aquél y en funcionamiento, y sobre el usufructo se impone un arrendamiento en favor del nudo propietario, pero sí existiría una atribución patrimonial no recompensada si la gasolinera tiene que ser construida antes con los fondos la petrolera y para ello se hace constituir un derecho de superficie.

39

El seguro de cancelación de viaje, cuando luego el viaje es cancelado directamente por la agencia o compañía aérea por causa del COVID-19. Cfr. Martínez Espín, P.: «Reembolso del importe del seguro de cancelación en viaje cancelado por COVID-19», CESCO, 2020.

40

Y no en todo caso: [art. 1207 CC](#).

41

El contrato de viaje combinado, de esta forma, no puede ser coligado del contrato de compraventa previo por el que el cliente adquirió la equipación específica para el viaje. El viaje (frustrado) no es un riesgo del vendedor del equipamiento.

42

STS 484/2020, 20 septiembre (ECLI: ES:TS:2020:2938): negocio principal es un servicio de inversión en valores y negocio accesorio una hipoteca.

43

Si el contrato de arrendamiento es nulo, también lo es la cláusula de opción de compra en favor del arrendatario, pero para ello no es preciso la coligación. Y si el arrendamiento posteriormente es resuelto, incluso por incumplimiento del arrendatario, el contrato de opción no queda resuelto por

esta causa. Cfr. [SSAP Santa Cruz de Tenerife, 7 octubre 2000 \(JUR 2001, 21801\)](#), Madrid 1

junio 2007 [\(JUR 2007, 259808\)](#), Baleares 26 septiembre 2012 [\(JUR 2012, 369009\)](#).

Sobre la jurisprudencia contradictoria del TS, cfr. Rebolledo Varela, en Carrasco, edit. Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, 2013, I, p. 518.

44

La fianza se extingue con la extinción de la obligación principal, y además puede el fiador oponer las excepciones que corresponden al deudor en la relación de valuta. Pero no puede oponer las propias excepciones de la relación de cobertura con el deudor principal. El subcontrato se extingue cuando quede resuelto el contrato principal, pero el subcontratante no puede oponer al subcontratista, que le reclama el pago, que tampoco él ha cobrado frente al comitente, salvo que se haya pactado una condición correspondiente (la conocida como condición if and when).

## II. ORDENACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO DE CONTRATOS

1/6

Contratos como parte del Derecho de Obligaciones.

El contrato ocupa en el sistema del [CC](#) una posición paradójica. De un lado, la importancia del contrato está subestimada en su regulación nuclear, Título II del Libro IV. Para el CC, el contrato no es más que una de las posibles fuentes de las obligaciones (art. 1089). De hecho, el CC regula la institución del contrato únicamente desde esta perspectiva de tratarse de una fuente de obligaciones. Como título de creación de obligaciones se regulan, entonces, pero muy limitadamente y sin orden alguno, la formación del título contractual (arts. 1254, 1262.II, 1278), su alcance obligatorio por razón de los sujetos (arts. 1257, 1259) y la materia (arts. 1255, 1258), los requisitos de validez y los vicios invalidantes (arts. 1261 a 1277), la forma (arts. 1279, 1280), las reglas de interpretación del contrato (arts. 1281 a 1289), la extinción del contrato por vía de rescisión (arts. 1290 a 1299) y de nulidad (arts. 1300 a 1314). Para el CC, las obligaciones que nacen del contrato no constituyen un tipo de obligaciones distintas de las que puedan nacer de la ley o de acto ilícito. Así, materias y aspectos tan específicos del Derecho de contratos, como son su cumplimiento e incumplimiento, los remedios que ante éste se ofrecen al acreedor, las causas de exoneración de la conducta debida, no se regulan en el CC como materia propia del Derecho de contratos. Desconociendo la realidad, el CC supone que el incumplimiento de una obligación legal de alimentos o de un legado testamentario merecen el mismo tratamiento que el incumplimiento de un contrato sinalagmático, o que las obligaciones que nacen de contratos de tracto sucesivo pueden estar sujetas a un régimen extintivo equivalente al de una obligación de pagar dinero como consecuencia de haber causado a un tercero un daño injusto. La especialidad del contrato como asignación bilateral de compromisos y riesgos, como creador de expectativas y escenario de su fracaso, como técnica de eliminación de incertidumbres, como regla de asignación eficiente de bienes y servicios; todo ello está fuera de la consideración del CC, para el cual el contrato es un modo entre otros de crear obligaciones.

1/7

La supremacía del contrato como institución obligacional.

La perspectiva del CC aparece, de esta forma, desencajada. Bajo la aparente neutralidad de regular una suprainstitución, como es la obligación, casi todo el Título I del Libro IV trata de materias que sólo tienen sentido si su fuente de producción es un contrato. Para empezar, por razones estadísticas. El Derecho español no se ha pronunciado sobre si la voluntad unilateral de un sujeto pueda constituir fuente de obligarse negocialmente<sup>45</sup>). Los negocios jurídicos unilaterales –concepto ajeno a la arquitectura sistemática de nuestro legislador histórico–, como el poder, el asentimiento, la impugnación, la emisión de un título al portador, etc., no han sido racionalizados como tales por el CC, o, como ocurre con el poder, se han reconstruido (y seguramente con razón) como contratos. Es evidente que ni la ley ni el hecho injusto ni el cuasi contrato tienen la flexibilidad de servir de títulos para imponer obligaciones alternativas o condicionales, divisibles o indivisibles, ni para introducir en la dinámica de cumplimiento una cláusula penal. Siendo obligaciones de dinero en su casi totalidad, casi todo el régimen propio del incumplimiento contractual (arts. 1101 a 1109) o de la extensión de la obligación de dar, les viene ajeno, como ajenas son también las previsiones sobre la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (arts. 1182 a 1186). Sólo podemos hablar de novación si nos referimos al contrato, y –salvedad de la patria potestad, si se la considera una obligación– apenas cabe imaginar que una obligación de hacer pueda tener otra fuente que el contrato. Es cierto que el negocio testamentario tiene la ductilidad del contrato, y es capaz de producir toda suerte de contingencias que son objeto de tratamiento en el Título I del Libro IV. Pero el negocio testamentario es estadísticamente mucho menos frecuente que el contrato y su consagración típica como técnica de reparto de activos mortis causa condena casi a la marginalidad los casos en que un testamento es fuente de obligaciones dignas de especial consideración.

### Problemas de ajuste.

La circunstancia señalada obliga al intérprete a reconstituir el [Libro IV](#) del CC. De hecho, la mayor parte de las instituciones o conflictos tratados y resueltos en el Libro IV deben ser atraídos al terreno de los contratos, bien como regulación del contenido (posible) de un contrato bien como reglas que pretenden resolver controversias surgidas en la dinámica de cumplimiento. En ocasiones, esta «atracción» a la sede de los contratos no dejará de producir problemas de ajuste, pues hay elementos de la regulación obligatoria que han sido construidos con tal neutralidad respecto de la fuente, que apenas resultan útiles cuando se les pretende dar juego en la sede para la que lógica y pragmáticamente deberían haber sido concebidos. Valgan los siguientes ejemplos. La importante cuestión relativa al tratamiento de las obligaciones indivisibles (arts. 1139, 1149 a 1151) se ha manejado con tal neutralidad respecto a la fuente, que llega a resultar inservible o, simplemente, contrafáctica, cuando se pretende importar al contrato como su sede natural. Pero mucho más importante es en la práctica de los negocios el extremo relativo a la extinción de la relación obligatoria por inexigibilidad (en sentido amplio) de la prestación, y resulta que los preceptos históricos como son los arts. 1105, 1182 y 1184 se han redactado de forma tal que no aportan ninguna solución practicable cuando han de aplicarse a contratos bilaterales. Aquí sí que hay un problema de laguna normativa producida por el defectuoso tratamiento sistemático de la institución. Merced a esto (aunque no sólo por esto), nuestro CC carece de un tratamiento flexible, rico, manejable, justo y certero del régimen de la inexigibilidad de cumplimiento.

1/9

### Contratos y derechos reales.

Hasta el Título XVI del Libro IV, toda la regulación del CC versa sobre contratos. No es extraño que ello ocurra, siendo el contrato la institución jurídica por excelencia de todo orden político civilizado. Pero sí es digno de mención cómo ocurre. Nuestro sistema de Derecho civil (como ninguno de los de procedencia romana por mediación del Code civil francés) no conoce la división sistemática ni de principios entre Derechos reales y contratos. Si fuéramos justos con nuestra tradición y con el sentido común, en España no se podría escribir un libro científico de Derechos Reales, salvo que nos echáramos a la espalda una dosis de pragmatismo como la de los ingleses y americanos, que bautizan con el nombre de Property Law a toda una suerte variadísima de instituciones jurídicas diversas y de pintorescas técnicas agrupadas. Para el CC son contratos (¡como no podía ser de otra manera!) los contratos de garantía y los contratos constitutivos de censos. Nada hay en ellos (salvo, en su caso, una eficacia erga omnes en determinados supuestos) que pueda desmentir esta naturaleza. Pero también es regulado como contrato todo tipo de negocio patrimonial entre cónyuges, ya se trate de capitulaciones, de donaciones o de regímenes económicos de base legal. Esto último es manifiestamente inadecuado, y debe reputarse exceso simplista del legislador (bien es verdad que sin producir con ello desastres mayores desde el punto de vista sustancial). Con todo, quede dicho como indicación de la caracterología de un Código que saca fuera de los contratos todo lo relativo al incumplimiento contractual y sus remedios, y mete en la regulación contractual la liquidación de la sociedad de gananciales entre cónyuges. Con estos mimbres tendremos que construir nuestra exposición.

1/10

### La regulación de los contratos particulares.

Muchas normas caben en el espacio que el CC abre entre los Títulos III y XV del Libro IV. Constituye la regulación de los contratos en particular. No de todos, pues el número de contratos

posibles es infinito, como sugiere el art. [1255](#) CC, sino de los que se consideraban típicos en la cultura jurídica del siglo XIX. La mayor parte de esta regulación es hoy obsoleta, cuando no directamente derogada o caducada por simple desuetudo social. La compraventa es el más importante de los contratos. Pero la mitad de la regulación de la compraventa en el CC carece de aplicación práctica actual. La regulación de los arrendamientos de fincas se halla en gran parte

expresa o tácitamente derogada en importantes extremos. La permuta que se practica hoy no es la que regula el CC. Del contrato de (arrendamiento) de servicios no sobrevive ninguna regla que haya aparecido en los últimos cincuenta años en un repertorio jurisprudencial. Del contrato de (arrendamiento) de obra sólo la mitad de los preceptos (arts. 1592, 1593, 1594, 1596, 1597 y 1600) contienen reglas utilizables en controversias reales del siglo XXI entre comitente, contratistas y subcontratistas. La regulación del transporte civil no tiene hoy espacio real de aplicación. Los sesenta artículos dedicados a los censos están tan fuera de uso que ni tan siquiera se estudian en las escuelas. El resto de los contratos regulados han sido siempre marginales en su importancia, y lo son hoy más. Sólo la sociedad civil (institución revivida, cuando se la creía muerta), la fianza, la transacción (con reservas) y el mandato contienen normas que se correspondan con las necesidades y los conflictos jurídicos del mundo de hoy. La regulación que hace el CC de la hipoteca es testimonial, y la normativa específica de la prenda de los arts. 1863 a 1873 se refiere a una modalidad de pignoración que hoy no se practica.

1/11

Los contratos del Código de Comercio.

En esta obra se trabajan indistintamente contratos «civiles» y «mercantiles». El empeño carece de compromisos dogmáticos, pues no pretendo establecer ni proponer ningún criterio de distinción, ya que todos se revelan finalmente fallidos. La desarticulación de la regulación codificada mercantil es, si cabe, aún mayor que la civil. Derogada la regulación específica del contrato de transporte terrestre por la LCTTM, lo que queda es lo que sigue. Como no existe ningún criterio aceptado para discriminar entre compraventa civil y mercantil, de la regulación de ésta sólo queda, como particular, alguna regulación específica sobre el traslado de riesgos y, en general, un mejor entendimiento de los remedios contractuales que el que se encuentra en la compraventa del CC. En su momento me referiré a estas normas. Todo lo demás (especialmente, el régimen de remedios por falta de conformidad) ya había sido derogado por obra de la jurisprudencia antes de que las regulaciones vigentes sobre la compraventa se instauraran en nuestro sistema jurídico. La regulación del contrato de comisión es complementaria a la del mandato del CC, y ambas deben leerse conjuntamente, pues en general el Código mercantil es más rico en este extremo que el civil. De los contratos societarios sólo sobrevive en la práctica el contrato de cuentas en participación. Ni el préstamo ni el depósito mercantil tienen contenido normativo que pueda considerarse relevante, y en algún caso es manifiestamente inapropiada la regulación. Los contratos marítimos están hoy fuera del CCom.

1/12

El reto del jurista.

Frente a lo que es clamor común, no dibujo este paisaje de obsolescencia y ruina institucional para propugnar nuevas leyes de contratos ni, menos, nuevos Códigos. Me atengo a lo que hay, y en lugar de pretender que cambien las leyes, para que se acomoden a nuestros gustos o a nuestras limitaciones conceptuales, acepto el CC y el CCom tal como son y los asumo como un reto para contar y construir nuestro Derecho de contratos de una manera nueva. Con los mimbres que quedan de nuestros Códigos se puede construir un buen Derecho de contratos. El buen Derecho de contratos es el que construye un entramado a partir de pocas y fructíferas reglas, no el que interpreta compendiosas normas legisladas, casi siempre mal redactadas, casi siempre innecesarias.

---

45

La jurisprudencia no quiere comprometerse teóricamente con esta cuestión: cfr. [STS 15 octubre 2011 \(RJ 2011, 7400\)](#), CCJC, 90 [2012] § 2385, comentario de López Maza.

### III. CONTRATOS Y ACUERDOS NO VINCULANTES

1/13

Panorama de la no vinculatoriedad<sup>46</sup>).

Hay muchísimos acuerdos de la vida diaria que contienen «promesas» que la conciencia social valora de entrada como no vinculantes en Derecho, es decir, cuyo cumplimiento no puede ser demandado y cuyo incumplimiento no genera remedios indemnizatorios. Se invita al vecino a una cena; se promete regalar al hijo una moto si acaba bien los estudios; marido y mujer acuerdan que durante un año ésta no quedará embarazada; prometo pasar a recogerte con mi vehículo a una hora determinada; etc. Hay una segunda clase de acuerdos que simplemente son inejecutables en Derecho porque carecen de la imprescindible determinabilidad de objeto (vgr. prometo portarme como un buen marido). Hay otros acuerdos que socialmente podrían ser valorados prima facie como vinculantes, pero las partes interesadas han producido una metanorma de no vinculación por la que se priva a aquéllos de su natural eficacia. Son raros estos casos, porque la gente corriente no repara en esta necesidad de desvincularse, pero abundan en escenarios comerciales, donde la cláusula de no vinculación adquiere sentido en ocasiones, siquiera como cautela. En este lugar omitimos tratar de los acuerdos con expresa cláusula de no vinculación, que será considerada en el Cap. 2.

1/14

Metanormas, agotamiento de lo jurídico.

En ocasiones se justifica la no vinculatoriedad de una promesa por el carácter «privado» de la relación, otras veces por la existencia de una suerte de pacto implícito de no vinculatoriedad. Ni una razón ni otra me parecen decisivas. Nunca o casi nunca es relevante preguntarse si existe una «voluntad» de exclusión de lo jurídico, porque reputar su existencia o su inexistencia serían propuestas infundadas, ya que los sujetos carecen ordinariamente del sentido del valor de lo jurídico en la mayoría de los actos de su vida. Por demás, una voluntad de no obligarse ya requiere de una metanorma que sí es vinculante, por la que los interesados se obligan a no considerar que el otro esté obligado. La mayoría de las veces la «conciencia de antijuridicidad» nace del puro hecho material de que la mayoría de los intercambios informales y formales de la vida se celebran instantáneamente y se agotan en su propia consumación, sin dejar lugar para la emergencia del conflicto jurídico.

1/15

Prestaciones personales.

Tampoco el hecho de que una relación sea «intrincadamente privada» dice nada de por sí sobre la juridicidad de las promesas y los intercambios. La «promesa de matrimonio» no es vinculante, pero no porque su privacidad sea más acusada que el consentimiento matrimonial, sino porque de ordinario han de considerarse inejecutables en especie y en dinero las promesas (precontractuales) de realizar actos estrictamente personales e infungibles y que no tienen asignado socialmente un claro valor de mercado. Bajo estas condiciones, una conducta escapa de lo jurídico.

1/16

Los regalos.

En ocasiones se confunde la exclusión de lo jurídico con la exclusión de precio o contraprestación. Y no falta razón, porque allí donde no se paga por las cosas hay motivos para presumir que el Derecho es cosa subalterna. Quien promete beneficencia o regalo, pero no «ejecuta» la promesa,

no está obligado. A pesar del [art. 1274 CC](#), no hay una causa gratuita para promesas distintas de la donación traditoria, por lo que, como decía el refrán francés, donner et retenir ne vaut pas<sup>47</sup>). No existe lo que VINNIO llamaba una «donación por metonimia», que permitiera que la donación

cursara como justa causa obligationis y no como modo de adquirir el dominio. Por eso, la donación sólo vale cuando transmite el dominio, y el comodato sólo vale cuando se entrega en préstamo la cosa prometida. La promesa de donación y la promesa de comodato no son vinculantes. Lo que se deja «gratuitamente» y por un tiempo determinado, usualmente no genera obligación por parte del que entrega –esto es, generalmente se presume que se presta en precario y no en comodato para uso determinado<sup>48</sup>–, y si hubiera que proponer una suerte de obligación de mantener al beneficiado en el uso, sería tan débil este deber que prácticamente el beneficiante puede exigir la

devolución a su voluntad (cfr. arts. [1749](#), [1750](#) CC, 315 CCom), eliminando de nuevo todo sesgo jurídico. Por eso el «regalo» es el territorio de lo no jurídico por excelencia, y uno mismo se asombraría si recapitara en la enorme cantidad de cosas que unos hacemos por los otros sin precio. Así, cuando el coste marginal de una actividad tiende a cero es más fácil presumir que se ha acometido o se va a acometer sin contraprestación.

1/17

No hay obligación, pero tampoco restitución.

En infinidad de casos de la vida tenemos la percepción de que no estamos obligados a lo que seriamente prometemos, pero que si cumplimos voluntariamente no tenemos remedio para

recuperar lo entregado. Lo expresa el art. [1901](#) CC: el pagador no debía, pero pierde la reclamación si el otro prueba que retiene por una «justa causa», que puede ser una causa moral. Quien voluntaria y conscientemente entrega a otro lo no debido no tiene restitución. Quien promete

una obligación indeterminada en cuanto a su especie (art. [1273](#) CC) no está obligado, pero si realiza una prestación orientada al cumplimiento carece de *condictio indebiti*. No hay acción para reclamar lo que se gana en juego de azar, pero lo perdido y entregado no puede ser restituido (art.

[1798](#) CC).

1/18

Ajuricidad de lo inconmensurable.

Toda promesa o acuerdo que, por hallarse absolutamente indeterminado, no es susceptible de acción de cumplimiento –a menos que las partes volvieran a obligarse, ahora «en serio»– es casi seguro también inmune a remedios indemnizatorios por incumplimiento. Lo que es inabarcable como promesa en especie lo es también a efectos de su conversión en *id quod interest*. En general, el Derecho debe permanecer inactivo cuando los costes de intervención jurídica serían exorbitantes y los resultados esperados pobres.

1/19

Obligatoriedad versus «reliance».

La promesa que no es bastante para crear una obligación negocial, puede serlo para generar una obligación por responsabilidad in contrahendo, si la parte adversa pudo legítimamente confiar en su cumplimiento, y en el desempeño de esta confianza realizó actos que le producen un gasto o una pérdida no reversible<sup>49</sup>. La conducta que no vale como promesa contractual puede vincular conforme a la regla de los propios actos. Pero por lo común, la expectativa de una reciprocidad en los actos de complacencia no es suficiente para fundar una *reliance*, porque la ingratitud es normalmente un espacio fuera de lo jurídico. La gente que se compromete sobre la base de promesas de complacencia hechas por terceros ordinariamente se compromete a su propio riesgo.

47

No es más vinculante prometer que «mañana te presto mi coche» que asegurar que «mañana pasaré a recogerte en mi coche».

48

Cfr. Marín López CCJC, 80 [2009] § 2120 y Cremades García CCJC, 83 [2010] § 2191.

49

[STS 15 octubre 2011 \(RJ 2011, 7400\)](#).

## IV. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA CONTRACTUAL

1/20

Pacta sunt servanda.

En diversos lugares y con distintos tonos sostiene el [CC](#) el principio de que los particulares pueden obligarse, como regla, de la forma que estimen conveniente [50](#), y los pactos alcanzados

deben ser respetados. Especialmente se destaca la fuerza del principio en los arts. [1091](#) y

[1255](#) CC («pueden establecer los pactos y cláusulas que tengan por conveniente»), y se

enfatisa en el art. [1278](#) CC, para desterrar de nuestro sistema, como principio, las exigencias relativas a la forma contractual. El principio de autonomía impone una consecuencia de autorresponsabilidad personal, que viene expresada en el brocardo universalmente admitido de pacta sunt servanda. Autonomía contractual y vinculatoriedad de los pactos se explican y fundamentan recíprocamente. Los pactos obligan porque nacen del consentimiento. Es probable que la evolución jurídica futura –al menos fuera del Derecho de consumo– nos conduzca sucesivamente a cada vez mayores espacios de autonomía contractual [51](#)). La fuerza de ley entre las partes es un predicado que sólo puede explicarse de un contrato (no de una ley) si se apela al acto voluntario por el que el deudor constituye el vínculo. Es cierto que la defensa de la regla de santidad de los pactos puede postularse con fundamentos distintos y añadidos, pero en último extremo ninguno de estos fundamentos valdría por sí solo para explicar la obligatoriedad del vínculo contractual en el sistema interno del Derecho contractual privado. Si se trata de un postulado de fondo ético o de una simple regla de coherencia sistemática es cuestión que puede dejarse a reflexiones ajenas a este libro. Su importancia en Derecho contractual es fundamental,

como demuestran los arts. [1255](#), [1256](#) y [1258](#) CC, hasta tal punto que no podría hablarse de un Derecho privado de contratos si una de las partes tuviera la competencia para redefinir el alcance de un acuerdo pactado [52](#)).

1/21

Alcance.

El principio de autonomía es válido en todos los niveles de organización contractual, como regla. Las partes pueden elegir el Derecho (nacional) aplicable a su contrato, sin necesidad de que el Derecho elegido tenga alguna conexión material con la relación contractual de partida –cfr. art.

[3](#) Reglamento (CE) [593/2008](#), Roma I –. Las partes pueden elegir el tipo contractual que deseen, para satisfacer sus expectativas empíricas. Si dos tipos contractuales satisfacen un mismo

propósito empírico de modo parejo, las partes pueden elegir libremente entre los tipos. Las partes pueden apartarse de un tipo legal predeterminado en la ley y construir una regulación atípica, aunque de hecho el primero sirviera cumplidamente a sus propósitos. Dentro de cada tipo, las partes pueden conformar el contrato como deseen, mezclando elementos de uno y otro tipo o modelo legal (contratos mixtos). Los contratantes pueden entremezclar tipos y causas negociales, y producir estructuras negociales complejas. Pueden «fraccionar» el objeto del contrato tal como está legalmente construido. Pueden construir esquemas en los que diversos tipos negociales se subordinen uno a otro para conseguir una finalidad de rango más alto que la que podría obtenerse con el empleo aislado de un tipo negocial (contratos coligados). Los contratantes pueden alterar o modificar el alcance de los remedios contractuales que aseguran la efectividad del cumplimiento. Los contratantes pueden extinguir un contrato eficaz por disenso, y novarlo en todo o en parte por otra regulación. Las partes pueden comprometerse a tener como cierta una cosa que reconocidamente no lo es. A diferencia de lo impuesto por el Derecho romano, el contrato existe y genera acción con independencia de que las partes se hallen «interesadas» en el negocio<sup>53</sup>). No hay, como regla, un contenido mínimo de extremos que deban contenerse en un contrato determinado<sup>54</sup>).

1/22

Ilustraciones de atipicidad y complejidad contractual.

Nuestra jurisprudencia no es especialmente cuidadosa en la calificación de un negocio jurídico como contrato complejo, mixto o coligado, ni en el manejo de la atipicidad. Por ejemplo, la STS

[6 octubre 2006](#) (RJ 2007, 701), versaba sobre la compraventa de un terreno, posterior constitución de un derecho de superficie para construir una estación de servicio, un arrendamiento de esta estación y un posterior contrato de suministro y despacho de carburantes. Según el tribunal, se trata de un contrato complejo, pero con toda seguridad debería calificarse de complejo

contractual coligado. Para la STS [19 mayo 1982](#) (RJ 1982, 2581), son intercambiables las categorías del contrato mixto y del complejo, y en un caso de compraventa mobiliaria con obligación subordinada de instalación y montaje propone «absorber» el tipo principal, que sin duda es la compraventa, en el negocio subordinado de obra, sacrificando el plazo de prescripción

específico del art. [1967.4º](#) CC por el general del art. [1964](#) CC, supuestamente aplicable a

la prestación subordinada de obra. La STS [25 octubre 2007](#) (RJ 2007, 8259), trata de un conflicto usual, pero no es usual el extremo que resuelve. Se ha celebrado un contrato de compraventa y simultáneo alquiler de estación de carburantes. Lo singular de la presente resolución es que Repsol resuelve el arrendamiento al cabo del tiempo, por incumplimientos relevantes del arrendatario, originario vendedor de la estación. Éste pretende en casación que se trata de contratos coligados, que se explicaban en su conjunto por razones de plazos máximos de duración de los contratos de suministro exclusivo en Derecho comunitario. El carácter coligado exige, según el recurrente, que la resolución no pueda limitarse al contrato de alquiler, y haya de afectar a la compraventa igualmente, cuya causa contractual no es independiente del alquiler. El TS desestima esta pretensión, y sostiene que la ineficacia no se extiende a la compraventa porque los diversos contratos tienen una causa independiente y singular. ¿Hubiera dicho lo mismo si se hubiese tratado de una nulidad originaria del contrato de alquiler? Probablemente no, y eso demuestra que no es una cuestión relativa a la falta de coligación, y que la solución depende mucho de que haya sido el incumplimiento del arrendatario el que haya provocado la necesidad de resolver, y no, por contra, una imposibilidad objetiva sobrevenida de cumplimiento producida por fuerza mayor<sup>55</sup>).

1/23

La justificación del principio de autonomía contractual.

Son varias las razones que justifican la existencia y defensa de la autonomía personal en el

Derecho de contratos. Es un mandato constitucional (arts. [10](#), [38](#) [CE](#)), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más les convenga. Es una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que disponen. Es una regla moral, conforme a la cual cada uno debe responsabilizarse de las consecuencias de su propia conducta, e internalizar los resultados prósperos o adversos que ello traiga consigo. Es una regla de justa distribución de riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones. Afirma que el riesgo de que los intereses de las partes se modifiquen después del contrato no será decisivo para afectar a las obligaciones contraídas, y que cada parte debe internalizar y sufragarse tales riesgos. Es un sistema de asignación de recursos que minimiza los costes públicos y que defiende que no deben invertirse recursos de los contribuyentes para realizar asignaciones de recursos que pueden ser conseguidas por los particulares a su propia costa. Es una regla que refleja la racionalidad limitada de cualquier sistema de asignación jerárquica de recursos, ya que normalmente serán subóptimas las decisiones de asignación tomadas por aquellos que no internalicen las consecuencias favorables o adversas de estas decisiones, como serían los jueces, el legislador o los funcionarios con poder regulador. Es un postulado de prudencia para un legislador de previsión intelectual limitada, y la experiencia enseña que el Ordenamiento genera sus propios monstruos cuando el ignaro legislador decide impedir en un extremo el acuerdo privado entre personas adultas y parejamente egoístas. Es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios.

---

50

O no obligarse, salvo en los casos excepcionales en los que existe una obligación de contratar. Cfr.

[art. 2](#) [LDC](#), que no es el único caso.

51

Por ejemplo, [STS 24 junio 2015 \(RJ 2015, 2657\)](#), CCJC, 101 [2016] § 2700, comentario de Quicios Molina, sobre pacto prematrimonial en previsión de futura ruptura.

52

Lo que sin embargo no es contradictorio con la contratación pública (ius variandi).

53

La doctrina castellana consideró que la exigencia de un interés estaba derogada con la ley 1, tít. 1

[lib.](#) 10 de la Novísima Recopilación. No puede ser menos hoy con el [art. 1254](#) CC.

54

Para los contratos administrativos, en cambio, [art. 35](#) LCSP.

55

A otro resultado se llega en la [STS de 29 noviembre 2018 \(RJ 2018, 5369\)](#).

## V. TRANSACCIONES ECONÓMICAS SIN CONTRATO

1/24

El mundo de todos los días sin contratos.

Frente a lo que pudiera entenderse por la lectura de los códigos y leyes, el contrato no es el instrumento jurídico necesario para realizar todo tipo de intercambio eficiente de bienes y servicios entre partes con intereses normalmente no alineados. Sólo algunas transacciones requieren un contrato. La mayoría de las transacciones que hacemos en la vida ordinaria no utilizan el contrato ni pueden llamarse contratos. En estas operaciones no importa decidir cuándo se «perfecciona el

acuerdo» en el sentido del [artículo 1262](#) Código Civil (CC), ni cuando se transfiere el dominio, ni quiénes son las partes del contrato (v.gr. si alguien actúa por representación), ni si hay legitimación y capacidad para contratar, ni si la cosa es o no de quien la entrega, etc. Sería insostenible una sociedad en la que todas o la mayoría de las transacciones requiriesen un contrato. Es testimonio de ello que, a pesar de lo que quiere el CC (consensualidad del contrato, por principio), la mayoría de los intercambios de la vida real no alcanzan a tener valor jurídico hasta que de hecho se ejecutan; son, si se quiere llamarlos así, contratos reales; no porque lo imponga la ley (que no lo hace), sino por la irrecusable victoria de lo fáctico. Incluso perfilando un poco, más que contratos como promesas asistimos a una secuencia de condiciones que se cumplen sucesivamente. El cliente sube al bus urbano y pica el billete: no está obligado a ello, pero es una condición si quiere que le transporten en el bus. Podemos decir incluso que ni siquiera la compañía de transporte esté «obligada» a transportar una vez cumplida la condición. Difícilmente al particular se le ocurriría otra cosa, si el autobús no se mueve, y el agente se limitará a devolverle el dinero, una *condictio causa data causa non secuta*, pero no en propiedad una acción de cumplimiento o de resolución (¡cómo va a resolver si no hay contrato bilateral!). Un cliente llega a la cola de la caja del supermercado habiendo pasado por las diversas estanterías, introduce o saca mercancías del carro. El cliente no tiene obligaciones de comprador: pone el dinero a disposición de la cajera, cumple un rito, y ésta le pasa la mercancía. Pero ni siquiera esto: el cliente sale con la bolsa, retorna, dice que no quiere la lechuga e indiscutiblemente devuelve la lechuga y le restituyen su precio: no pasa por la cabeza de la cajera que haya existido un intercambio de promesas vinculantes.

1/25

Condiciones para la existencia de contrato.

No hay contrato en las transacciones que reúnen cumulativamente los siguientes caracteres. Primero, el intercambio es instantáneo, no aplazado ni de tracto sucesivo. Segundo, el intercambio consume todos los efectos manifiestos y ocultos de la relación, es decir, no queda espacio real para reclamaciones latentes por falta de conformidad. Tercero, el resultado del intercambio está jurídicamente a salvo de eventuales reclamaciones posteriores de las partes o de tercero. Las partes no invertirán en el contrato cuando, aunque no se den las condiciones anteriormente expuestas, los costes de transacción de una eventual reclamación judicial sean sustancialmente mayores que el coste de la controversia para la parte legitimada. Es posible que se firme algún papel o se intercambien algunos signos; pero las partes racionales no invertirán en negociar los términos del acuerdo y el intercambio se producirá sin contrato.

---

## VI. EL POLIZONAJE

1/26

STJUE de 7 noviembre 2019.

Me refiero a los asuntos acumulados C-349/18 a C-351/18 (Kanyeba). Según el Tribunal «el tenor

del [artículo 3, punto 8](#), del [Reglamento 1371/2007](#) y el contexto de este precepto llevan a considerar que, a los efectos de dicho Reglamento, debe entenderse que el concepto de contrato de transporte es independiente de si el viajero posee un billete y que engloba una situación en la que el viajero accede a un tren de libre acceso con el fin de realizar un trayecto sin haber adquirido el billete» (§ 49).

1/27

¿Por qué contrato?

¿Por qué necesitamos construir un contrato entre polizón y empresa? Es preciso encontrar un contrato del que podamos colgar unas cláusulas no negociadas, porque, de otra forma, no estaremos autorizados a practicar un control de abusividad de estas cláusulas conforme a la

[Directiva 93/13](#). Pero parece contrafáctico proponer que el ingreso espacial en el recinto reservado sea ya una manifestación de voluntad contractual tácita del polizón. Desde principios del siglo pasado se desarrolló en Alemania una viva discusión –luego extrapolada a otras jurisdicciones– sobre las llamadas relaciones contractuales de hecho. Se listaban varias clases, pero a nosotros nos interesa la última, a saber, aquella obligación que nacía de un contacto social típico. Y se aducía el ejemplo del conductor que entraba en un aparcamiento de pago sin convenir previamente las condiciones del contrato, o el viajero que se subía al bus, que echaba a andar antes de que el conductor o taquillero le hubiese hecho la oferta al cliente («es un euro»). Pero en todos estos casos era posible construir ex post una hipotética voluntad común ex ante, que simplemente no había tenido ocasión de manifestarse aún por el concurso de la oferta y la aceptación, voluntad común de que uno haga un servicio y el otro pague por ello lo que es justo pagar. No ocurre así en nuestro caso. No se puede reconstruir una voluntad hipotética común, porque manifiestamente el polizón no quiere contratar –¡de otra forma desmentiría su oficio! –, sino viajar por la cara; de la misma forma que no está sometido a las condiciones generales de la contratación aquél que ha burlado las condiciones de acceso a la página web del titular del derecho, entre las cuales se encuentra la condición de que el acceso comporta aceptación de tales cláusulas generales [56](#)). No puede haber una relación contractual de hecho, salvo que se vaya más allá de la reconstrucción del acuerdo implícito y se llegue a imponer ficticiamente al polizón una voluntad inexistente de contratar. «Saltas furtiva o violentamente el torno de acceso y ya por eso mismo se te imputa que quieres pagar el billete». Y no nos vale decir: «me da igual si al saltar el torno quería el tipo pagar o no pagar, yo digo que pague». Porque entonces volvemos al principio, y necesitamos un fundamento para esta imposición heterónoma (¡el doble del precio del billete!) que ya no se soporta a lomos de un contrato. Suponer en estos casos un contrato, como hace el TJUE, es emplear recursos mayores para cazar moscas. La imposición de un contrato conduce a consecuencias inesperadas, absurdas, inicuas. Si hay contrato, ni el agente privado ni la autoridad pública pueden echar al polizón del tren, y el cobro del billete tendrán que perseguirlo en un juicio verbal; es decir, nunca se cobrará este billete. Si hay contrato, el polizón no sólo tiene derecho a llegar a su destino (destino que puede ir alterando continuamente mientras no pague) sino a que la empresa pague la compensación prometida en el billete (que él no tiene) por retraso en la llegada o por denegación final de embarque (i) o por cancelación sobrevinida del viaje. Si el polizón se sienta en asiento de preferencia, tiene derecho a que le dispensen merienda y periódicos, quizá también un whisky. La empresa asume un deber de procurar seguridad al viajero y responde contractualmente de los daños por incumplimiento de ese deber. Naturalmente, el polizón está cubierto por el SOV. Si llega otro viajero y pretende que el asiento ocupado por el

polizón le está reservado, no se le atenderá, pues todo ocurre como si la compañía hubiera vendido dos veces el mismo billete por error y, ya se sabe, in pari causa melior est conditio possidentis.

1/28

Un cuasicontrato.

Un pandectista del renombre de Johannes Voet definía el cuasi contrato<sup>57)</sup> como «praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio». Sin embargo, la definición que

ofrece el [art. 1887](#) Código Civil es insuficiente para comprender nuestro supuesto, salvo que predispongamos de partida –lo cual es otra ficción– que el salto del torno es «un hecho lícito (y puramente voluntario)» de los que «resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». El polizón no está gestionando sin contrato un asunto

ajeno ( [art. 1888](#) Código Civil). No está realizando un pago indebido (art. 1895), ¡pero sí lo está «recibiendo» en el sentido del art. 1895! ¿Pero puede decirse que la empresa deja pasar al polizón «por error»? Imaginemos que podemos decirlo o que –no sería la primera vez que se propone– el requisito del error debe ser eliminado, y procede extender la norma a cualquier pago indebido que el solvens no haya realizado con voluntad de donar. Si podemos llegar hasta aquí, entonces tendríamos al polizón caracterizado como un accipiens indebiti mala fide, al que se le ha «entregado» un viaje en tren por el que la empresa ordinariamente cobra un precio, y debe restituir en forma de pago del precio, más los intereses legales por la tardanza en el pago; debe restituir en virtud de la obligación nacida del cuasicontrato. Observemos que fur semper in mora y, por ende, el polizón debería pagar intereses del precio desde el momento mismo que salta el torno: es ya por eso un fur, sin que sea necesario esperar a que alguien le requiera el billete o su pago. Además, y

principalmente, el [art. 1896](#) II Código Civil carga en las espaldas del polizón la pérdida sobrevinida de su «enriquecimiento», pérdida que le quita de las manos el fruto del árbol prohibido. En otras palabras, tendrá que pagar el billete (al menos el billete) aunque

inmediatamente se cancele el viaje por caso fortuito. Pero está claro que los [arts. 1887 y](#)

[1896](#) Código Civil sólo han servido para proveernos una mínima consecuencia legal: el polizón debe pagar el billete más los intereses del precio. No sirven para más. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto legal del art. 1888, en este caso no ha podido el cuasicontrato desempeñar un cometido más amplio que fuera adecuado para hacer nacer también obligaciones a cargo de la empresa. La única prestación debida es restituir el indebitum. Mas para este efecto tan limitado no necesitamos en justicia recurrir al régimen de los cuasicontratos. ¿Por qué tenemos que suponer un cuasicontrato cuando el efecto restitutorio puede fundamentarse más simplemente en el deber de devolver un enriquecimiento injusto, una cause of action ésta que desde hace muchos años no

necesita en nuestro sistema jurídico un basamento como el del [art. 1896](#) Código Civil?

1/29

No hay contrato de polizonaje<sup>58)</sup>.

Tenemos recursos para exigir al polizón el pago del precio más intereses, sin necesidad de poner en juego el costosísimo Derecho de contratos. Pero no nos olvidemos que nuestra preocupación primera no era el precio, sino la penalización. La regla del enriquecimiento injusto no sirve para fundamentar su pago. ¿Qué hacer entonces? Lo más simple y lo intuitivamente verdadero. Ni el polizón ni la empresa están vinculados por contrato. La empresa no puede imponer al polizón ninguna cláusula contractual predispuesta, y, menos que ninguna, la que fundamenta una sanción en su condición de polizón. Por no estar «obligado», el polizón ni siquiera está sujeto al cumplimiento de la «cláusula» que reserva estos asientos para incapacitados o embarazadas, ni la que prohíbe usar el teléfono portátil en este «vagón de silencio». Y no pasa nada por ello. La

empresa debe desistir de querer imponer obligaciones al polizón. Lo que puede hacer es echarle del tren y reclamarle el precio del billete más intereses en un juicio verbal. Y puede utilizar para ello la violencia, porque desde siempre se reconoció que el iustus possessor puede rechazar con violencia al intruso que ingresa en la posesión ajena por violencia o trampa (vi, clam) siempre que no deje pasar mucho tiempo antes de proceder al uso de la fuerza. Y si no está muy seguro de que puede hacerlo, el interventor puede llamar a la fuerza pública para que se lleve al intruso en la próxima parada; seguramente un reglamento administrativo, pero no una condición general de la contratación, imponga una multa a quien viaja sin billete.

---

56

[STS 7 mayo 2014 \(RJ 2014, 3295\)](#)«Consecuencia de lo anterior es que no puede aceptarse que LASTMINUTE haya contratado con RYANAIR. Por ello, no existe una infracción contractual derivada del incumplimiento de las condiciones generales de uso de la página web de la demandante. La falta de aceptación de tales condiciones de uso de la página web de RYANAIR por parte de LASTMINUTE hace inaplicable la invocada doctrina de la declaración de voluntad jurídico negocial mediante actos concluyentes socialmente típicos, usual en el tráfico en masa, que impide negar el consentimiento exteriorizado mediante el comportamiento, de acuerdo con la clásica regla "protestatio facta contraria non valet"».

57

Commentarium ad Pandectas, 1827, Lib. XLIV, Tit III, V.

58

Lo confirma el [art. 287.2](#) [LNM](#).

## VII. PROMESAS UNILATERALES

1/30

Planteamiento.

Se trata de un viejo asunto, que históricamente se expresa en la irresuelta cuestión de la vigencia en Derecho común de la promesa pública de recompensa<sup>59</sup>, para lo que en España existían razones adicionales en favor de una respuesta positiva, dados los términos de la Ley recopilada de Alcalá favorable a dar validez a cualquier forma de manifestarse la voluntad de obligarse (Novis. Recop. de las Leyes de España, Libro X, Tit. I, Ley 1)<sup>60</sup>. Los códigos europeos no la recogieron en sus primeras versiones y se incorpora al acervo moderno con los §§ 657-661 Código alemán y luego los arts. 1989-1990 del vigente Codice italiano, seguidos sustancialmente por el resto de las codificaciones que se hacen cargo de la promesa pública de recompensa. A pesar de que el

[art. 1088](#) CC puede ser leído como norma excluyente de toda posibilidad de fundar obligaciones en promesas no contractuales<sup>61</sup>, lo cierto es que usualmente se da por válida y obligatoria la promesa<sup>62</sup> y ya se entra a discutir si, a su alcance, son también obligatorios otros tipos de promesas. En este punto, la doctrina manifiesta opiniones muy diversas y la jurisprudencia no tiene propiamente puntos de vista que hayan sido decisivos en los fallos<sup>63</sup>. El estudio de la promesa unilateral como fuente de obligaciones no es el objeto de este Tratado, pero inevitablemente tiene que ocupar un espacio, siquiera marginal, porque la materia está condicionada al significado de instrumentos contractualistas como la aceptación o la causa. Como no disponemos de un cuerpo normativo que interpretar ni de una jurisprudencia relevante, me

limitaré a proponer una sumaria construcción jurídica, partiendo como premisa de que las promesas unilaterales constituyen válida fuente de obligaciones bajo ciertas condiciones<sup>64</sup>, pero no pueden emplearse para construir «cumulativamente» contratos de cambio a partir de una suma de promesas aisladas ni para tejer una relación jurídica cargada con un pasivo mínimamente relevante a cargo del destinatario. Esto es lo que paso a explicar.

1/31

Obligar o retener.

Es notoriamente distinto preguntar si determinada promesa obliga a su cumplimiento que cuestionar si una promesa ya cumplida es un pago indebido que deba ser restituido. Las condiciones para que una promesa obligue son distintas de las condiciones para que un pago

realizado en ejecución de aquélla tenga o carezca de causa en el sentido del [art. 1901 CC](#) y pueda o no ser retenido por el accipiens. La diferencia se aprecia singularmente en negocios (unilaterales) a título gratuito. La promesa unilateral (tampoco la bilateral) de donación no es obligatoria, como tampoco lo es la promesa de hacer un mutuo sin interés o de favorecer con un préstamo gratuito de cosa no fungible, ni la promesa de constituir una renta vitalicia gratuita. Pero la entrega de lo prometido (la tradición) hace irreversible la promesa, en tanto que no se trate de un negocio dispositivo de bien inmueble, que exige escritura notarial en la que tiene que constar la

aceptación ( [art. 633 CC](#)<sup>65</sup>), de tal forma que en este extremo (sólo) la norma «contractual» de la donación parece imperativa. Podrá discutirse más o menos si obliga una promesa unilateral que tiene por «causa» el cumplimiento de una obligación moral, pero es indudable que lo

entregado en virtud de tal promesa no es restituible por impedirlo el [art. 1901 CC](#). Y así otros casos, que luego retomo.

1/32

Aceptación.

La cuestión de las promesas obligatorias puede devenir superflua si caemos en la tentación de hacer un empleo espurio y puramente ficticio de la «aceptación» de una oferta. Es claro que si toda promesa en un sentido u otro es beneficiosa para su destinatario y comporta un determinado gravamen contra stipulatorem (nadie promete para obligar a un tercero), y si proponemos como cosa natural que todos los destinatarios de una promesa que les beneficia la «aceptan» por ese hecho mismo de serles beneficiosa, salvo que expresamente la repudien, entonces la teoría de las promesas unilaterales se desvanece por ociosa. Pero creo que no es legítimo proponer aceptaciones tácitas cuando la aceptación como tal no desempeña en el esquema ninguna función sustantiva. Si la aceptación (incluso presumida) se exige y al mismo tiempo se postula como existente, entonces no queda espacio para la revocación de la «oferta» después de este momento. Pero lo deseable es que sí quede espacio. Tratándose de promesas contra stipulatorem en mayor o menor medida, es preferible que el promitente puede legítimamente revocar hasta el momento último de la reliance del destinatario; básicamente, cuando éste (o quisque de populo) realiza la conducta que es la condición de la promesa; y, si no hay condición a realizar, cuando el destinatario se ha comprometido económica o personalmente en términos tales que la revocación sería inequitativa contra él. Desde luego es impropio proponer o esperar una «aceptación» cuando la promesa se ha hecho a un conjunto no individualizado de personas; sólo pensar en el conflicto de aceptaciones plurales incompatibles obliga a abandonar esta vía. Por eso, si cupiera configurar un supuesto conjuntamente como promesa al público o como oferta al público, es preferible siempre lo primero, salvo que las condiciones de la implicación del tercero requiriesen, por su complejidad, que hubiese una negociación. Más aún, sin atender a un contexto subyacente donde se iluminen las relaciones entre promitente y destinatario, no es justo ni equilibrado hacer irrevocable una promesa contra stipulatorem sobre la base de una pura aceptación por el beneficiario que no ofrece contraprestación, salvo disposición legal<sup>66</sup>. Para la «aceptación» de la promesa pública de recompensa, cfr. Cap. 5 § 44.

1/33

Promesas que obligan.

Como regla, obliga la promesa dirigida a persona determinada si mediante aquélla se realiza el cumplimiento de una obligación moral o natural hacia el destinatario<sup>67</sup>); esta promesa vincula al margen de toda aceptación y toda reliance del destinatario, porque la causa ya está cumplida en el pasado. Es válida la promesa de irrevocabilidad de una oferta contractual, y esta promesa ha de ser ya, por su mera formulación, tan irrevocable como la oferta a que se refiere (cfr. Cap. 5 § 55). Es obligatoria la promesa del fiduciario de transmitir al fiduciante los bienes confiados, incluso si una obligación de este tenor no existía ya en la relación subyacente. Es obligatoria una promesa que está bilateralizada al cumplimiento de una condición por la parte del destinatario, porque en este caso la condición vale como causa<sup>68</sup>), al menos si el destinatario es quisque de populo o si, siendo determinado subjetivamente, la condición es susceptible de beneficiar al promitente. Quiero decir con esto que, si se promete 100 a quien obtenga el premio de doctorado universitario del presente año, la promesa es obligatoria en tanto no quede válidamente revocada, pero si le hago la misma promesa a mi sobrino, la promesa no sale del terreno de las relaciones de cortesía, porque el doctorado de mi sobrino no me da ni me quita ventajas. La promesa causalizada a una condición es revocable antes de que el destinatario (o el conjunto de los destinatarios) haya cumplido la condición o haya empezado a ejecutar con costes la conducta en que consiste la condición. Una promesa «premial», por la que se quiere «retribuir» adicionalmente el cumplimiento de una conducta que ya está exigida por contrato, si no hay un «exceso» de cumplimiento, en principio no es obligatoria si se trata de un pactum adiectum ex intervallo —esto es, después de que el contrato básico ha sido perfeccionado—, porque carece de causa y porque, principalmente, es un arma del

chantaje. Con todo, ceteris paribus se puede retener por el [art. 1901](#) CC el cumplimiento de una promesa de este tipo si ha sido realizado voluntariamente (incluso con error de derecho). La promesa de un premio (o la participación en un concurso o juego con premio) vinculada a la realización de una compra es un acto de promoción comercial<sup>69</sup>), y tiene a aquélla como causa-condición<sup>70</sup>), siendo irrevocable la promesa desde que la compra es definitiva. Salvo simulación, es obligatoria la promesa por la que se «reconoce» (confiesa) un hecho adverso al que declara o se reconoce una relación jurídica adversa al que declara; no hace falta aceptación ni reliance, porque también en este caso la causa es un subyacente que está en el pasado; vale incluso una promesa unilateral solvendi causa a modo de transacción, y sin necesidad —lo que exigiría contrato bilateral— de un quid pro quo a cargo de la otra parte. Vale la promesa si alguien se constituye como fiador unilateralmente en cumplimiento de una obligación de tercero de suministrar un fiador

( [arts. 1828](#) y [1829](#) CC) o cumpliendo un mandato ajeno para que salga fiador (cfr. Cap. 5 § 66), o si, del mismo modo, emite un crédito documentario para pagar una compraventa subyacente o una carta de patrocinio para fortalecer el valor de la deuda de una sociedad filial. Cuando éste sea el caso, y la promesa es el cumplimiento de esta obligación contenida en un contrato ajeno, la promesa es irreversible sin necesidad de actos adicionales, porque, también, la causa está en el pasado. Fuera de los casos anteriores, considero que una promesa unilateral no se sostiene sin más por el hecho de que, en general, derive de una justa causa, ni porque sea lícito o encomiable el hecho prometido<sup>71</sup>). La suscripción de un título valor no puede ser una promesa unilateral de una obligación cartular<sup>72</sup>), pues el supuesto de hecho de la obligación cartular no puede nacer antes de que el documento haya sido entregado a un tercero, ni tan siquiera si el título se emitió nominativamente. Lógicamente, toda promesa del tipo que sea es «retirable» antes de que su declaración llegue a conocimiento de su destinatario o sea hecha pública. Siempre que la promesa sea revocable en los términos expuestos, la renuncia a la revocabilidad no es admisible, salvo que la promesa se haya hecho sometida a término, en cuyo caso puede declararse como irrevocable (pero no se presume irrevocable).

60

Cfr. Antonio Gómez, *Variarum Resolutiones*, II, IX, n.º 3.

61

Opción que estaría desmentida por el [art. 8.4](#) del [RD Ley 5/2005](#), que permite la constitución unilateral de determinadas modalidades de garantías financieras.

62

De Castro, *El Negocio Jurídico*, 1985, p. 213.

63

Una y otra pueden seguirse en López Maza, CCJC, 90 [2012] § 2385. De interesante lectura, Salvador Coderch, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media justa causa», RDP, 1978, pp. 661 y ss.

64

Preferible esta solución general a la italiana y la portuguesa, que declaran irrelevantes las promesas salvo en los casos previstos en la ley. Y preferible también a la del Draft Common Frame of Reference (art. II-1:103: «una promesa que pretende ser vinculante sin aceptación es vinculante como tal»), que incurre en redundancia o inevitable círculo vicioso.

65

Incluso la constitución gratuita de una servidumbre sobre fundo propio.

66

Se dirá que la donación (simplemente) aceptada deviene irrevocable. Pero la donación no es en España un contrato, y la aceptación del donatario no es más que el trámite último de una cadena de actos necesarios para completar el proceso dispositivo. En último extremo, la promesa de donación contenida en escritura pública aún no aceptada ya habría superado, por el cumplimiento de una forma solemne, la barrera de las intenciones equívocas y sin embargo sigue sin tener por sí sola efectos dispositivos.

67

Jurisprudencia antigua en De Castro, pp.214. Especialmente, [STS 17 octubre 1932 \(RJ 1932, 1235\)](#), Cfr. Cap. 4.III.2. § 41.

68

De Castro, pp. 211-212.

69

Que puede ser engañosa en las condiciones de los arts. 22.4, 22.5, 22.6, 23 [LCD](#).

70

Cfr. [arts. 19.3](#) y [32.1](#) [LOCM](#)

71

Una promesa altruista no es por eso válida ceteris paribus.

72

Pero podría ser, en su caso, una promesa unilateral obligatoria de la obligación extracartular subyacente.