

MONOGRAFIA

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE GERENCIA DE RIESGOS

PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

CIVIL Y MERCANTIL

ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DEL SEGURO

PARTE I

Gonzalo Iturmendi
Abogado
Secretario General de AGERS

**PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN
CIVIL Y MERCANTIL.
ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE SEGURO.**

I

***Gonzalo Iturmendi Morales.
Abogado***

I N D I C E

1.- La construcción jurídica de la empresa

- 1.1.- La empresa como persona jurídica.
- 1.2.- La empresa como patrimonio separado
- 1.3.- La empresa como universalidad
- 1.4.- La empresa como actividad
- 1.5.- La empresa como organización
- 1.6.- La empresa como conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho.

2.- Obligaciones en general.-

- 2.1.- Concepto.
- 2.2.- Elementos.-
- 2.3.- Naturaleza jurídica.-
- 2.4.- Fuentes.-
- 2.5.- Clases.-
 - 2.5.1.- Obligaciones a plazo.-
 - 2.5.2.- Obligaciones alternativas.-
 - 2.5.3.- Obligaciones bilaterales.-
 - 2.5.4.- Obligaciones puras y condicionales
 - 2.5.5.- Obligaciones de hacer.
 - 2.5.6.- Obligaciones mancomunadas.
 - 2.5.7.- Obligaciones solidarias.
 - 2.5.8.- Obligaciones recíprocas.-
 - 2.5.9.- Obligación natural.-

3.- Obligaciones contractuales.-

- 3.1.- Concepto de contrato.-
- 3.3.- Principio de autonomía de la voluntad y la atipicidad de los contratos.
- 3.4.- Principio de autonomía de la voluntad. Límites. Prórroga y retroactividad de los contratos.
- 3.5.- Capacidad para contratar. Consentimiento.
- 3.6.- Condiciones generales de contratación.
- 3.7.- El consentimiento tácito. Requisitos.
- 3.8.- El problema del autocontrato.
- 3.9.- Vicios del consentimiento como causa de nulidad contractual.
 - 3.9.1.- Vicios del consentimiento. Error. Concepto y requisitos.
 - 3.9.2.- Consentimiento viciado. El dolo. Concepto y requisitos.-
 - 3.9.3.- Vicios del consentimiento. La violencia. Concepto y requisitos.
 - 3.9.4.- Vicios del consentimiento. Intimidación.
- 3.11.- La causa.

- 3.11.1.- Concepto.
- 3.11.2.- Requisitos de la causa.-
- 3.11.3.- Licitud e ilicitud de la causa.
- 3.12.- Forma y prueba de los contratos.-
- 3.13.- Preparación del contrato. El precontrato. Responsabilidad precontractual.
- 3.14.- Perfección del contrato.
- 3.15.- Perfección del contrato y condición suspensiva.

4.- Contratos mercantiles.-

- 4.1.- Contrato de cuenta corriente.-
- 4.2.- Contrato de cuentas en participación.-
- 4.3.- Contrato de compraventa mercantil.-
- 4.4.- Contrato de comisión.-
- 4.5.- Contrato bancario.-
- 4.6.- Contrato de transporte.-
- 4.7.- El contrato de seguro.-

1.- La construcción jurídica de la empresa

1.1.- La empresa como persona jurídica.

El hecho de que la empresa esté formada por un cúmulo de activos materiales, inmateriales, personales, etc., requiere que semejante diversidad esté aglutinada en una misma unidad, o persona jurídica, que naturalmente va a favorecer el complejo tráfico mercantil.

La necesidad de unificar los recursos y las acciones de la empresa, justifica el trato que la misma tiene de persona jurídica.

Esta doctrina -según Garrigues- entiende que la empresa no es un conjunto de medios de producción inertes: a la fusión de los elementos aislados correspondería una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia.

Consecuencias de esta construcción:

- * Los cambios de titular no tienen significación para la subsistencia de la empresa.
- * Los poderes conferidos a dependientes subsisten, a pesar de la muerte del titular, mientras subsista el negocio.
- * El negocio, como tal, tiene una denominación propia (la firma).
- * No sólo los créditos, sino las deudas también se transfieren con el negocio al nuevo titular.

1.2.- La empresa como patrimonio separado

Transportando la unidad jurídica desde el terreno de la persona al del patrimonio, se ha intentado construir la empresa como un patrimonio separado o patrimonio de afección.

Es decir, la empresa como patrimonio separado y limitado, distinto al patrimonio del comerciante. Así el comerciante aparece como titular de dos patrimonios distintos sin conexión jurídica: el suyo propio o particular y el patrimonio que le corresponde por su participación en la empresa.

1.3.- La Empresa como universalidad

Es el hecho de que la empresa está integrada de una variedad de cosas no ligadas entre sí materialmente, las cuales aspiran a un tratamiento jurídico unitario.

1.4.- La empresa como actividad

Desde el punto de vista jurídico, en el fenómeno económico de la empresa existen dos aspectos distintos: la empresa, o actividad económica del empresario, y la hacienda o establecimiento que se integra por el conjunto de medios instrumentales con los que aquel realiza su actividad económica. Por tanto, la empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza organizados y unidos por un vínculo de finalidad económica, sino todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios (Uría).

1.5.- La empresa como organización

La empresa es un conjunto de derechos y obligaciones sometido a tratamiento jurídico unitario, sea desde el punto de vista de derecho subjetivo (la empresa es una unidad jurídica en los negocios en que aparece como objeto), sea desde el punto de vista de derecho objetivo (normas de protección de la empresa como unidad jurídica).

1.6. La empresa como conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho.

La empresa es un conjunto organizado de:

- * Actividades industriales
- * Relaciones materiales de valor económico
- * Y de bienes patrimoniales

Lo que distingue a una empresa de las simples agregaciones de cosas y derechos es la idea organizadora de las mismas, la coherencia interna que fragua y toma sentido a partir del tejido nervioso de las normas que la afectan.

La empresa está afectada por dos tipos de normas, las internas y las externas.

- a) Las **normas internas** (los Estatutos de la Sociedad, los Reglamentos de Régimen Interno, las órdenes, etc...), contribuyen a consolidar la estructura interior de la empresa, aportan las reglas del juego respecto de los órganos de representación y administración de la sociedad, garantizan los derechos de los accionistas, obligan a los administradores a cumplir diligentemente sus funciones, etc...Común denominador de todas ellas es la sumisión expresa o tácita de todas las personas a quienes afecta, sumisión que persigue el orden y estabilidad necesaria para alcanzar los objetivos diseñados por y para la empresa.

Estas normas comportan a su vez situaciones de riesgo en la medida que las mismas están para regular la política y procedimientos internos de la empresa. Es sabido que la

insuficiencia, la transgresión o el cumplimiento defectuoso de las normas internas de la empresa, genera a diario disfunciones en su seno, y, en definitiva, siniestros que pueden afectar en mayor o menor medida no sólo al correcto funcionamiento de la empresa, sino, incluso, al propio proyecto y viabilidad de la misma.

- b) Al hablar de las **normas externas**, por un lado naturalmente nos estamos refiriendo a cualquier disposición legal de derecho positivo, que, sea cual fuere su rango, afecte a la empresa; y por otro, a todas aquellas otras fuentes del derecho consagradas en el artículo 1 del Código Civil (la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho...).

Al igual que en el caso anterior, la transgresión de las normas externas puede generar situaciones anormales que en nada van a favorecer la marcha de la empresa, como por ejemplo, los daños a terceros que resulten ser indemnizables por la empresa al haber mediado culpa o negligencia de la misma o de sus empleados o dependientes..

TRATAMIENTO

JURÍDICO

EXTERNOS	SECTORES	INTERNOS
- Obligaciones contractuales	-	Administración
- Obligaciones extracontractuales	GERENCIA	- Organización
- Obligaciones Legales	DE	- Contabilidad
- Responsabilidades delictuales	RIESGOS	- Finanzas
- delitos		- Investigación y desarrollo
- faltas		- Seguridad privada

2.- Obligaciones en general.-

2.1.- Concepto.

Por obligación se entiende aquella obligación jurídica en virtud de la cual una persona -denominada acreedor- tiene la facultad de exigir a otra -denominada deudor- la realización de un determinado comportamiento o actividad, de cuyo cumplimiento responderá, en su caso, con su patrimonio.

2.2.- Elementos.-

En toda obligación existen dos elementos: el **personal** y el **real**.

Al primero pertenecen las personas del acreedor y del deudor. El acreedor es el titular de un derecho de crédito, lo cual quiere decir que no sólo puede exigir la prestación del deudor, sino también, y para el supuesto en que la incumpla, para proceder contra sus bienes al objeto de satisfacer sus legítimos intereses.

El deudor es titular de un deber jurídico -la deuda- , que le obliga a ceñirse al cumplimiento de la obligación asumida.

2.3.- Naturaleza jurídica.-

Toda obligación se basa en dos parámetros: el débito y la responsabilidad.

El débito es la relación obligacional que une a dos personas y la responsabilidad comporta la acción que dispone el acreedor contra el patrimonio del deudor, de manera que el deudor debe responder con todos sus bienes presentes y futuros, salvo aquellos bienes que sean inembargables.

De la combinación de los artículos. 1088 y 1911 del Código civil se obtiene que la obligación es el derecho del acreedor a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizado con todo el activo patrimonial del obligado; definición de la que se puede extraer la estructura jurídica de toda obligación, esto es, un sujeto activo, que tiene la facultad de exigir la prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, un sujeto pasivo obligado, un objeto, consistente en la prestación o actividad que ha de desplegar el deudor, y un vínculo jurídico entre los sujetos, por el cual el deudor queda ligado al acreedor y obligado a satisfacerle la oportuna prestación, que ha de ser posible, lícita y determinada, sin que sea preciso la patrimonialidad de la prestación, bastando que lo sea por medio indirecto.

2.4.- Fuentes.-

Las obligaciones **nacen** de la de la ley, de los contratos (responsabilidad contractual) y de los actos u omisiones ilícitos (delitos y faltas = responsabilidad ex delicto) o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (responsabilidad extracontractual).

Las personas físicas y las jurídicas están generando a diario infinidad de obligaciones, tanto por acción como por omisión. A continuación tratamos de sistematizar las principales fuentes de las obligaciones desde el punto de vista jurídico, para después abordar de forma más concreta las obligaciones mercantiles que afectan a la empresa.

1. Obligaciones voluntarias.
1.1. Obligaciones contractuales.
1.2. Obligaciones cuasicontractuales.
2. Obligaciones generadoras de responsabilidad civil extracontractual.
3. Obligaciones legales.
4. Obligaciones penales.
4.1. Procedentes de delito.
4.2. Procedentes de falta.

Es de señalar, como indica el artículo 1089 del Código civil, entre las fuentes de las obligaciones a los contratos, caracterizados en el concepto moderno por dos notas: a) constituir una categoría abstracta y genérica, y no, como en el Derecho Romano, una serie de figuras singulares; y b) tener su base en la convención o pacto o, lo que es lo mismo, en el acuerdo de voluntades.

2.5- Clases.-

2.5.1.- Obligaciones a plazo.-

Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo son exigibles cuando el día llegue, debiendo entenderse como "día cierto", aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo.

El hecho de no haberse señalado en la obligación sustitutiva de la novada plazo de entrega, no significa que su cumplimiento pueda quedar aplazado "sine die" a voluntad del deudor, lo que en otro caso entrañaría supeditar la obligatoriedad de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, prohibido por el art. 1.256 del Código civil, por lo que, hallándonos a presencia de un convenio sin fijación de plazo en orden a su efectividad, entra en juego la fórmula arbitrada por el art. 1.128 de dicho Código civil que faculta a los Tribunales la concreción temporal de aquél si se deduce que quiso concederse al deudor, pudiendo el Juzgador hacer tal señalamiento aun sin solicitud expresa de los interesados.

Si bien es cierto que las obligaciones sometidas a plazo solamente son exigibles una vez que el mismo haya transcurrido, nada impide al actor solicitar de futuro una condena judicial, solamente ejecutable cuando el plazo pactado haya vencido.

La aplicabilidad del art. 1128 Código civil, que contempla el llamado plazo tácito o implícito, requiere ineludiblemente la existencia de una obligación en la que, aún sin señalar expresamente un plazo, "de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor", lo que evidentemente presupone una labor hermenéutica del contrato del que nazca la obligación, ya que dicho precepto en ningún caso es aplicable a las obligaciones puras, en las que no aparezca la intención de conceder plazo al deudor para el cumplimiento de la prestación.

2.5.2.- Obligaciones alternativas.-

Siendo la esencia de las obligaciones alternativas, que contemplan los arts. 1131.1 y 132.1 del Código civil, el deber que incumbe al deudor de cumplir una de las dos o más prestaciones pactadas en el contrato, en manera alguna puede reconocerse esa situación cuando lo que se aprecia es la efectividad de una prestación de índole plenamente independiente de otras que pudieran existir.

El objeto de las obligaciones alternativas está integrado por un contenido disyuntivo, al quedar el obligado a ejecutar una entre varias prestaciones convenidas y posibles, y la alternación se concreta e individualiza mediante el ejercicio del derecho de elección por el contratante que está facultado para ello, de tal manera que la obligación, que es única, se extingue cuando se cumple una de dichas prestaciones elegidas que, por tanto, se individualizan, y que la doctrina designa como concentración.

El obligado alternativamente a diversas prestaciones, debe cumplir por completo alguna de éstas, no pudiendo el acreedor ser compelido a recibir parte de una y parte de otra.

La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor, no teniendo derecho el deudor a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación. Cuando la elección esté atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor.

Así pues, la diferenciación de las obligaciones facultativas con las alternativas es clara, ya que en éstas se debe una prestación de entre varias -prestación aún no individualizada- y en aquéllas se debe una totalmente individualizada, y así en las alternativas se paga con la prestación que se debe, después de individualizada, y en las facultativas se puede pagar con la prestación que se debe -la única que se debe- o con otra -prestación facultativa-.

2.5.3.- Obligaciones bilaterales.-

En una relación jurídica sinalagmática, la falta de cumplimiento por una de las partes de sus obligaciones, impide el nacimiento de los derechos que, por la otra, le son concedidos.

En las obligaciones bilaterales y recíprocas existe un sinalagma doble, cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra, de tal forma que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía, para poder pedir el cumplimiento a su contraria.

2.5.4.- Obligaciones puras y condicionales

Resulta exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. Igualmente es exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia parten de considerar como condicionales **aquellas obligaciones cuya eficacia o disolución se hagan depender de «un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren»** (artículo. 1113 del Código civil).

En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.

De acuerdo con el artículo 1.115 del Código civil, si el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional es nula, siendo claro que este precepto se refiere tan sólo a las denominadas por la doctrina condiciones rigurosamente potestativas, es decir, aquellas subordinadas plena y únicamente al arbitrio del obligado, como se desprende con nitidez de los términos empleados por este artículo..

Así pues, no procede aplicar el artículo 1115 Código civil cuando el condicionamiento de una obligación no depende de la exclusiva voluntad del deudor, sino de las dos partes recíprocamente obligadas; y así, el sentido del precepto se halla en la imposibilidad de concebir una relación obligacional cuya existencia se subordina a la exclusiva e imperativa voluntad del obligado.

Sólo pueden estimarse **imposibles** las condiciones que en absoluto lo sean, pero no las que penden de la situación accidental del deudor, que pueden variar de un momento a otro, por azar de las circunstancias o por un esfuerzo de la voluntad del mismo para cumplir sus compromisos.

La existencia de la **condición en las obligaciones no se presume** y la

obligación condicional, al ser la excepción, requiere la prueba de que sus efectos vienen modificados por el suceso incierto e independiente que constituye la condición.

Ahora bien, **la condición propia no puede confundirse con la prestación** que haya de cumplir cada una de las partes en vista de la prestación de su contraparte, según lo pactado. De hecho, la obligación condicional es una figura jurídica que nada tiene que ver con la liquidez o iliquidez de la cantidad cuyo pago es el objeto de una obligación pura

La condición de que no ocurra algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo fijado o sea ya evidente que el acontecimiento no pueda ocurrir. Si no hay tiempo fijado la condición debe reputarse cumplida en el plazo de tiempo que verosímelmente se hubiese querido señalar, atendiendo la naturaleza de la obligación. En este último caso el art. 1118.2 del Código civil, se refiere en su integridad a condición de carácter negativo y no a la de carácter positivo y que regula el art. 1.117 del propio Código en cuanto prevé cuándo tendrá lugar la extinción de la obligación porque el acaecimiento que constituye la condición no pueda tener lugar o haya pasado el tiempo fijado al efecto de que sucediera.

El artículo 1116 del Código civil establece que las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbre y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La imposibilidad de las condiciones, a la que se refiere este artículo, se contrae a la natural o a la jurídica; en consecuencia, según tiene declarado la jurisprudencia, a efectos de nulidad sólo pueden estimarse como imposibles las condiciones que en absoluto lo sean, pero no las que dependan de una situación accidental del deudor, que pueden variar por cambio de las circunstancias o por un esfuerzo del mismo para cumplir con sus compromisos, que es precisamente la situación alegada por la entidad recurrente, dado que el hecho de encontrarse en situación deficitaria no impide que ésta pueda cesar por determinadas circunstancias, entre ellas una mayor progresión.

2.5.5.- Obligaciones de hacer.

El cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones, determinado con carácter general para todo contrato en los arts. 1091 y 1157 del Código civil, conlleva en las formas contractuales de cierto tipo, en este caso obligaciones de hacer, la necesidad de cumplir la finalidad a que va destinada, distinta obviamente de que el resultado que se obtenga sea positivo; pero sin que pueda decirse que se cumple cuando se cumple mal, efectuando un trabajo "gravemente defectuoso", incumpliendo en suma la finalidad que constituyó el condicionante del contrato, su para qué o causa funcional, que incide en el supuesto del artículo 1101 del Código civil, al contravenir de este modo "al tenor de la obligación" que integraba el objeto de aquél.

2.5.6.- Obligaciones mancomunadas.

Siendo característica de la mancomunidad la pluralidad de los sujetos y la determinación de partes en la prestación, si se conserva de un modo formal la unidad del vínculo, éste se divide en tantas obligaciones separadas e independientes cuantos son los sujetos, pues cada cuota constituye objeto autónomo de una singular obligación.

2.5.7.- Obligaciones solidarias.

Para que una obligación surja con carácter solidario -art. 1137 CC- es presupuesto esencial que concurren dos o más deudores y, además, que la ley establezca expresamente esa solidaridad entre ellos, ninguno de cuyos supuestos se dan en el caso. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente acoge la concepción actual de la obligación solidaria poniendo de relieve que, aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante; unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el de estar destinadas, en común, a la satisfacción del interés del acreedor, descartándose entonces la solidaridad únicamente allí donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones y es esta comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones la que se tiene en cuenta. (TS. 1 S 4 May. 1983, S. 30 Mar. 1973) para no requerir, el pacto expreso, bastando que del contexto de la obligación se infiera su existencia o que pueda deducirse de la voluntad de los contratantes (TS 1.ª S. 7 Ene. 1960, S. 10 Abr. 1960, y para supuestos extracontractuales. (TS. 1 S. 20 May. 1968, S. 20 Feb. 1970, S. 4 May 1973), y descartándose la solidaridad allí donde hay una mera o casual identidad de fines o de prestaciones. (TS 1.ª S 2 Mar. 1981).

La no presunción de solidaridad, establecida en el artículo 1138 del Código civil para las obligaciones pluripersonales, es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato figure una expresión literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico, según se desprende del texto de la obligación interpretado conforme a las reglas hermenéuticas de los arts. 1281 y siguientes del Código civil.

2.5.8.- Obligaciones recíprocas.-

Como consecuencia del llamado cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, si una de las partes, no habiendo cumplido con la prestación, reclama de la otra el cumplimiento de la suya, ésta puede alegar la excepción de contrato no cumplido y resistirse a cumplir mientras la otra no realice lo que está obligado a hacer pero para acogerla de manera plena es menester que se produzca una omisión total o esencial de la prestación por parte de quien reclama el cumplimiento de la misma, pues no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras, ni resulta suficiente aducir el

incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan al acreedor obtener el fin económico del contrato ni frustren las legítimas expectativas.

Las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genético en cuanto una atribución obligacional debe ser origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye por la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente.

En orden a la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, a tenor del artículo 1124 del Código civil, la jurisprudencia exige que debe haber propio y verdadero incumplimiento, lo que denomina comportamiento deliberadamente rebelde; si bien ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria -y no sanada por una justa causa que la origine- obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

Para la viabilidad de la acción resolutoria es precisa la prueba de los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron.
- b) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.
- c) que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían.
- d) que tal resultado se haya producido como consecuencia de una conducta del demandado que de modo indubitado, absoluto, definido o irreparable lo origine, actividad que, entre otros medios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos del otro contratante.
- e) y que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro

Si bien la Jurisprudencia declara a título de regla general la incompatibilidad de la petición simultánea del cumplimiento de las obligaciones o contratos y la de su resolución, también ha especificado que ello no impide que, conforme al artículo 1124 del Código civil que se puedan ejercitar en la misma demanda ambas acciones siempre que lo sean en forma alternativa o subsidiaria, ya que en tales casos no existe contradicción.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple lo que le incumbe, requiriendo la facultad resolutoria que quien la ejercita hubiere cumplido las obligaciones que al mismo conciernen.

2.5.9.- Obligación natural.-

En el concepto clásico, se considera a la obligación natural como una categoría intermedia entre la obligación jurídica y el simple deber moral, cuya característica fundamental era la ausencia de sanción para el caso de incumplimiento; en el derecho positivo no se habla de la obligación natural, si bien a lo largo del articulado del Código civil se encuentran, según algunos autores, manifestaciones de este concepto. En la doctrina moderna se amplía el concepto de obligación natural llegando a ser uno de los procedimientos técnicos más destacados para la espiritualización del Derecho Civil, buscándose la equiparación de aquel concepto con el deber de conciencia; esta orientación encuentra su apoyo positivo más claro en el artículo 1901 del Código civil que excluye la repetición del pago cuando aun realizado sin ser debido se hiciera "a título de liberalidad o por otra justa causa", subsistiendo en su regulación la doble característica antes referida: de un lado, posibilidad de cumplimiento voluntario y reconocimiento de eficacia al acto así ejecutado, y de otro imposibilidad de ejercicio coactivo del derecho.

3.- Obligaciones contractuales.-

3.1.- Concepto de contrato.-

El contrato es una convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra u otras al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, sin que sea preciso la reciprocidad, por mor de la existencia de los contratos a título gratuito, entre los que se encuentran aquellas convenciones presididas por un espíritu de liberalidad, pero en las que no se registra ninguna disminución en el patrimonio del bienhechor.

3.2.- Naturaleza y calificación.-

Los contratos no se califican por el nombre que los interesados les hayan dado, sino por su contenido.

El carácter de los contratos no depende de la voluntad de las partes, sino de lo que corresponda a su específica naturaleza.

Es doctrina reiterada que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de sus declaraciones de voluntad.

En consecuencia: Los contratos tienen la naturaleza que jurídicamente les corresponda a tenor del conjunto de derechos y obligaciones estipuladas, sin que quede por tanto definido con vinculación erga omnes por la denominación que les hayan conferido las partes contratantes. Es decir, la naturaleza de las instituciones jurídicas en general, como la de los contratos en particular, no depende de la nomenclatura asignada por los particulares, si no de que responda a las exigencias del ordenamiento jurídico, coherente con la exacta realidad tangible del objeto, del derecho o del negocio jurídico sujeto a calificación.

3.3.- Principio de autonomía de la voluntad y la atipicidad de los contratos

El principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código civil permite:

- a) que los contratos típicos funcionen con su causa típica;
- b) que las partes regulen sus intereses bajo el principio de la más absoluta atipicidad en todos sus aspectos;
- c) que los contratos típicos puedan funcionar como moldes o envoltorios, capaces de prestar cobertura a regulaciones negociales distintas de las que les son propias, desconectándolas de su causa típica; en tales casos deberán contener otra, justa, verdadera, válida y legítima, tanto del contrato, como de la obligación, como de la atribución patrimonial, siendo esta causa nueva la que gobierne todo el nuevo entramado de derechos y obligaciones, y

- d) que la regulación negocial única se pueda instrumentar en uno o varios contratos que se ocupen de los diversos aspectos del mismo asunto, encadenándose todos en el esquema lógico de medio a fin.

En cualquiera de los supuestos mencionados bajo los apartados. c) y d), la autonomía de la voluntad que dio vida a esa regulación obliga, por virtud del art. 1258 CC, a mantener la articulación querida, sin que sea lícito desmembrar el negocio en sus distintos componentes, ni volver a las causas típicas –voluntariamente se excluyeron– para obtener beneficios o ventajas sobre el otro contratante que de otra forma no serían posibles.

3.4.- Principio de autonomía de la voluntad. Límites. Prórroga y retroactividad de los contratos.

La ley la moral y el orden público son los límites clásicos de la autonomía de la voluntad.

Con la expresión «**leonino**», incorporada al lenguaje del Derecho por el símil de las situaciones jurídicas con la de la célebre fábula, se alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección del sinalagma una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspondientes contraprestaciones de la otra, de modo que es fácilmente advertible la relevancia que tienen las circunstancias de cada caso y, como consecuencia, la gran variedad morfológica con que las situaciones se pueden presentar en la realidad práctica, por lo que será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica, o las circunstancias de necesidad o inexperiencia en una de las partes que dieron lugar a la conducta abusiva o contraria a la buena fe, entendida en el sentido objetivo de conducta honrada y leal, por parte de la contraria.

Posible prórroga y retroactividad. Nada impide ampliar los efectos de un contrato con posterioridad a su día final de duración, atribuyéndole eficacia a tal prórroga con efectos retroactivos, ya que con ello no se contraría el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Si la alusión al principio de la buena fe se hace a una hipotética mala fe de la parte contraria, el éxito de la alegación exigía, tanto desde la óptica del ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), como en la de la ejecución y cumplimiento de los contratos mercantiles (art. 57 CCom.), que se adujere y probase –lo que no se ha hecho– el ineludible soporte fáctico, y si a lo que se apunta es a una buena fe de la propia parte, simplemente procede decir que, en cualquier caso, no debe ser incompatible con el comportamiento adecuado –honrado y leal– en las relaciones humanas y negociales, que exigen cumplir lo pactado.

3.5.- Capacidad para contratar. Consentimiento.

Resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesiten la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 3.1 CC), y teniendo las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria.

Cuando es el propio menor el que al llegar a la mayoría de edad no sólo no ratifica el contrato celebrado en su nombre por su representante legal sobre bienes suyos sin autorización judicial, sino que lo impugna expresamente, no hay la mas mínima base para sostener su validez y eficacia, ni para pensar en una hipotética autorización judicial a posteriori con olvido de que es improcedente entonces el procedimiento legal para ello por la mayoría de edad alcanzada por el hasta entonces sometido a patria potestad. Por otra parte, no puede extrapolarse la solución que el art. 304 CC da a los contratos celebrados por los representantes legales de los menores sobre bienes suyos, que se rigen por normas específicas que exigen la previa autorización judicial cuando son compraventas, entre otros casos. Que haya mayor o menor coherencia en el tratamiento legislativo de ambas situaciones es cuestión en la que el TS 1.^º no puede entrar, ni mucho menos, como es obvio, dejar sin efecto todas las normas que contradigan al art. 304 citado, que es un precepto excepcional por violentar el art. 1259 CC, que es la norma general para los contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho.

Constituye un principio capital del ordenamiento civil, tanto sustantivo como procesal, que una persona está imposibilitada para actuar en nombre y por cuenta de otra como no sea merced a un título --mandato, apoderamiento, etc.--, que permita la gestión de intereses ajenos. La perspectiva material de esta aseveración se encuentra en el art. 1259 CC, en tanto que su vertiente procesal se contempla en el art. 503.2 LEC, que obliga a quien reclame un derecho de pertenencia ajena, a aportar, junto con la demanda, el documento o documentos que acrediten el carácter con el que el litigante se presente en juicio, tratándose de salvaguardar el ámbito de autonomía patrimonial de cada persona, confiriéndole a ella --y sólo a ella-- la necesaria e imprescindible libertad para decidir sobre cual ha de ser el mejor modo de gobierno y administración de sus propios asuntos.

No pueden prestar consentimiento los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

Es elemento esencial para la existencia del contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes, esto es, su firme y definitiva voluntad sobre su objeto, causa y perfección (arts. 1261.1 y 1262 CC), lo que excluye que pueda dejarse la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes (art. 1256

CC) y determina la nulidad de las obligaciones condicionales cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del obligado (art. 1115 CC), todo ello sin perjuicio de las excepciones legalmente previstas (art. 1453 CC).

El principio *pacta sunt servanda*, en relación al art. 1255 CC, permite libertad de conciertos de voluntades, bien en forma inmediata, directa o por medio de personas suficientemente autorizadas, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley, la moral y el orden público, lo que exige, de manera inevitable, la necesaria incidencia de esta actividad de ser humano de poder y querer obligarse, que resulta ser el elemento más sustancial y conforma el espíritu y razón del contrato, de tal manera que si no se da el negocio resulta inexistente (arts. 1261, 1262 y cc. CC).

La capacidad mental para poder prestar consentimiento se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose, en consecuencia, una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» (*presumptio hominis* o *presumptio facti*), contempladas en el art. 1253 CC.

El consentimiento manifestado en forma jocosa no vicia su existencia, ni la del objeto y la causa, cuando éstos resultan claros de aquella expresión y no cabe dudar de su validez, es decir, que el consentimiento *iocandi causa* sólo revela la inexistencia del contrato cuando de él se desprenden la falta de objeto cierto que sea materia del mismo, o la falta de causa de la obligación que se establezca, lo que no se da en el caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de alegría y complacencia, e incluso de la duda o esperanza sobre la buena suerte que haya de acompañar a los contratantes en el juego de la lotería, en nada empece a la seriedad del contrato.

Las declaraciones de voluntad constitutivas de un negocio jurídico pueden ser expresas o tácitas; la declaración de voluntad es tácita cuando el sujeto no manifiesta de un modo directo su voluntad -generalmente mediante el lenguaje oral o escrito-, sino que realiza una determinada conducta que, por presuponer necesariamente tal voluntad, es valorada por el ordenamiento jurídico como declaración; se dice entonces que la voluntad se declara por medio de hechos concluyentes, *facta concludentia*, *facta ex quibus voluntas concludi potest*.

El silencio. Puede considerarse como manifestación de voluntad el silencio cuando el que calla debe hablar, no adoptando una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte, pues no cabe callar cuando se debe hablar, induciendo a error.

Para que el silencio pueda tenerse positivamente en cuenta es necesario que se trate de situaciones muy específicas y que tal silencio sea muy cualificado; la regla general debe inclinarse a la no producción de efectos jurídicos, ya que el silencio no constituye una declaración de voluntad propiamente dicha, y sólo cuando exista un concreto deber de hablar, no cumplido, puede entenderse, en aras de la buena fe, que se ha consenti

El consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de

una voluntad determinada en tal sentido, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, adquiriendo, únicamente, el silencio relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la ley para asignarle un cierto efecto, bien sea procesal o sustantivo.

Si conforme previene el art. 1262 CC, "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato", tal expresión de consentimiento ha de entenderse reducida a lo que realmente se haya consentido, dado que supone una voluntad concorde de los intervinientes en el contrato, o sea, un acto humano que del interior (motivación, deliberación y decisión) aflora al exterior, "se manifieste", como dice el citado artículo, produciéndose, al aunarse con otra voluntad ajena, el concurso de la oferta y la aceptación

El consentimiento tácito exige la prueba plena de la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, no teniendo tal alcance el mero conocimiento, que es enterarse de aquello que se le hace saber o que presencia, pero no implica permiso o conformidad.

Si bien es jurisprudencia reiterada la que declara que la buena fe, en sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento, también se ha sentado por la misma que el carácter genérico del art. 1258 CC ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el CC, y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación.

Cualesquiera contratos, requieren para la validez y eficacia de su celebración el otorgamiento del consentimiento de las personas que les afecta, ya prestándole personal y de manera explícita a través de su presencia física en el contrato, ya por mediación de un tercero a través del mecanismo de la representación, y ya, también, por actos posteriores dirigidos a la confirmación o ratificación de lo realizado por otro, y de aquí, que, salvo supuestos especiales, no es preciso que el negocio jurídico a que dé vida el contrato sea convenido o concluido materialmente por el sujeto, en él interesado, siempre y cuando que medie su consentimiento por alguna de las formas admitidas en derecho.

3.6.- Condiciones generales de contratación.

Es indudable que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual, en virtud del cual las partes puede establecer las cláusulas y estipulaciones que crean convenientes conforme se deduce de lo establecido en el art. 1257 CC, con los límites que dicho precepto establece, pero también es cierto que este principio de la primacía absoluta de la voluntad de las partes en el contrato, se ha venido modulando por parte del legislador fundamentalmente en aquellos contratos en que una de las partes ya sea por su posición en el contrato, consumidor o usuario,

bien sea porque no ha intervenido en la redacción del contrato habiéndose limitado a la aceptación de las cláusulas impuestas por el otro contratante, se encuentra en una situación de inferioridad a la hora de negociar las citadas cláusulas contractuales.

3.7.- El consentimiento tácito. Requisitos.

No es preciso para que exista un contrato que concurren dos personas, sino dos partes, ni que haya dos voluntades, sino que la voluntad expresada valga como voluntad del representado, en una dirección, y como voluntad del representante o del otro representado, en dirección distinta.

El consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones.

El consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (Cfr. TS SS 11 Nov. 1958 y 3 Ene. 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido.

3.8.- El problema del autocontrato.

El autocontrato es un acto unilateral de características especiales, que puede darse en todas aquellas situaciones en las que una persona, con poder de disposición sobre dos patrimonios independientes, crea entre ellos relaciones jurídicas obligatorias.

La autocontratación consiste, precisamente, en la celebración de un contrato por una persona en su propio nombre y al mismo tiempo como representante de otra; figura no tratada expresamente en el Derecho español, que se limita a regularla a través de algunas disposiciones aisladas -arts. 165, 236.2 y 1459 CC- que ponen de manifiesto la preocupación por evitar toda colisión de intereses que pongan en peligro la imparcialidad del autocontratante, sin que la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, se oponga en principio a su admisión en tanto no exista razón legal suficiente que justifique su proscripción.

No hay duda de que el fenómeno de la autocontratación tiene una de sus manifestaciones en el caso de que en una misma persona concurre el doble carácter de apoderado de los dueños para vender y de administrador de una sociedad con facultades para comprar, y decidiera, con la sola declaración de su voluntad, expresada en nombre de los dueños y de la sociedad, la operación de compraventa -arts. 221.2 CC y 267 CCom.-. Para estos supuestos es doctrina firme que en la atribución genérica de esos poderes o facultades no está comprendido el caso en que en la compraventa haya autocontratación, y precisamente porque en la operación están en oposición los intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene ese doble cometido -vender, comprar- debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla -que tiene confirmación en el art. 267 CCom.- que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial; en otro caso, **el acto realizado en nombre de los dueños y, a la vez, de la sociedad sería considerado como acto nulo por falta de poder -art. 1259 CC-**.

Para poder hablar de autocontratación es preciso que exista un negocio o acto jurídico de naturaleza bilateral, debiendo demostrarse que se trata de una modalidad invalidante. **Tal forma de contratación sería jurídicamente ineficaz cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante, por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una sola persona operando por sí misma y, a la vez, en representación de otras que tienen intereses contrapuestos;** entonces sí hay evidente peligro de parcialidad en perjuicio de los representados, y ello acarrearía ineludiblemente la invalidez del contrato

En consecuencia, **para considerar jurídicamente ineficaz la autocontratación, es necesario que se de conflicto y contradicción de intereses, que hagan incompatibles la actuación de una persona que obra para sí misma y a la vez en la representación de otra –física o jurídica--, con lo que al contrato llevado a cabo se le desprovee de causa lícita,** entrando así en el campo del abuso del derecho, que siempre lleva consigo intención de dañar y perjudicar.

3.9.- Vicios del consentimiento como causa de nulidad contractual.

La existencia de los vicios en el consentimiento, según interpretación jurisprudencial del art. 1265 CC, requiere cumplida prueba de su realidad. La existencia de vicios del consentimiento consiste en un hecho que, como tal, ha de probar quien lo alegue.

la doctrina jurisprudencial de los efectos anulatorios del error en la sustancia y el dolo grave; todo el motivo requeriría, para su apreciación, la constatación, como cuestión de hecho, de una equivocación sustancial al contratar no vencible por la normal diligencia en la información o, en el caso del dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formaran un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante.

Reiterada jurisprudencia viene declarando la nulidad de los contratos formalizados en escritura pública cuando una de las partes presta un consentimiento gravemente viciado que anula los contratos formalmente suscritos

El vicio de consentimiento, ha de ser antecedente o concomitante con el perfeccionamiento del contrato, no bastando cualquier actitud maliciosa sobrevenida con posterioridad en la fase consumativa de aquél para lograr su anulación de conformidad con el principio de que mala fides superveniens non nocet.

Los arts. 1261, 1265 y 1269 CC establecen las normas generales para regular la nulidad de los contratos, cuando en el consentimiento prestado concurra algún vicio, siempre entendiendo el término legal de nulidad como correspondiente a la figura doctrinal de la anulabilidad, o sea, una clase de invalidez contractual dirigida a la protección de un determinado sujeto –una de las partes del contrato--, de manera que únicamente él pueda alegarla, hasta tal punto que el contrato anulable se puede estimar como inicialmente eficaz, si bien con una eficacia, como afirma la doctrina, de tipo claudicante, e incluso como válido mientras no se impugne, o sea, mientras no sea firme la resolución judicial que declare su anulación.

3.9.1.- Vicios del consentimiento. Error. Concepto y requisitos.

El error es una hoja garabateada que primero hay que borrar. Charles C. Colton.

El error ha sido definido como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Para que el error pueda invalidar la declaración de voluntad es necesario que sea esencial, no siéndolo el error en la cantidad, el cual, de existir, sería aquí accidental.

El error de vicio del consentimiento, previsto, en el art. 1266 CC, constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1265 CC, es indispensable que: a) recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art. 1261.1 CC- (Cfr. TS SS 16 Dic. 1923 y 27 Oct. 1964); b) que derive de hecho desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Cfr. TS SS 1 Jul. 1915 y 26 Dic. 1964); c) que no sea imputable a quien lo padece (Cfr. TS 1. SS 21 Oct. 1932 y 16 Dic. 1957), y d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Cfr. TS SS 14 Jul. 1943, 25 May. 1963 y 18 Abr. 1978).

El error sobre la sustancia equivale a intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta, para desvelar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodándose al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad, no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración.

El error sustancial con trascendencia anulatoria (art. 1266 CC) tiene un sentido excepcional muy acusado, y, según una constante jurisprudencia, viene condicionado inexcusablemente a la prueba de que la cosa objeto del contrato carece de las condiciones que se le atribuyeron y fueron motivo principal de su celebración, lo cual supone tanto como la exigencia de que el error ha de recaer sobre la cosa o sus circunstancias

La afirmación de existencia de error, como determinante del consentimiento en el contrato, no desemboca en una nulidad por inexistencia con base en el art. 1261.1 CC, sino en un vicio del consentimiento efectivamente prestado que se encuadra dentro de la normativa de los arts. 1265 y 1266 CC, y cuyas consecuencias se proyectan -en el ámbito de los efectos- en el art. 1300 CC, con las limitaciones del ejercicio de las acciones para su homologación judicial prevenidas en el art. 1301 CC

El error de derecho, como vicio del consentimiento, causa de anulación de la obligación, ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que no sólo se exige una prueba plena del error jurídico, independientemente de los motivos o intenciones de los contratantes, sino que también requiere que recaiga sobre la esencia o sustancia de lo convenido, lo que elude toda idea de generalización, con la subsiguiente aplicación restrictiva y más ante el hecho usual de aceptación de contratos por personas no peritas en Derecho.

Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que han de utilizarse para apreciar la excusabilidad del error. En términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de la persona; así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o experto y será menor cuando se trate de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar esa diligencia exigible considerar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Es excusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por su declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica.

3.9.2.- Consentimiento viciado. El dolo. Concepto y requisitos.-

Es desconsolador pensar cuánta gente se asombra de la honradez y cuán pocos se escandalizan por el engaño. Noël Coward.

El dolo es la voluntad manifiesta de cometer deliberada y conscientemente un daño concreto y determinado. A esa voluntad debe corresponder la causación de un daño, que es el verdaderamente querido por el agente y no otro distinto.

En la interpretación de los arts. 1265, 1266, 1269 y 1270 CC, mantiene en forma reiterada la jurisprudencia que las alegaciones de dolo y error en el consentimiento prestado por una de las partes a una relación comercial requieren para que pueda prosperar la nulidad contractual, la demostración cumplida de tales vicios, prueba que es, en general, de la exclusiva apreciación del órgano judicial sentenciador, sin que, en absoluto, quepa posibilidad de presumir los expresados vicios que, en cualquier caso, corresponderá acreditar en debida forma al demandante.

El Código Civil, amén de la acepción que del dolo ofrece como vicio del consentimiento –art. 1269 CC--, estudia tal manifestación de la culpabilidad en sede de incumplimiento contractual –arts. 1101 y ss. CC-- y lo configura como el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida a consecuencia de la perfección del contrato y, a diferencia del dolo penal no se basa, exclusivamente, en la intención de dañar, sino en la de quebrar la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe. Por esta vía se entienden dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparecieran como consecuencia necesaria de la acción, surgiendo el llamado dolo eventual, como una de sus manifestaciones fronterizas con la culpa consciente o culpa con previsión.

Conforme al art. 1269 CC, el dolo se caracteriza por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el momento esencial determinante de la decisión de otorgar un contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte deliberadamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Por tanto, la apreciación del vicio indicado en primer lugar, exigirá la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir en una actuación o en una abstención u omisión;
- b) la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la parte contraria determinándole a realizar el negocio de forma que de haber conocido con anterioridad la situación real no lo hubiera efectuado;
- c) que sea grave, y
- d) que no haya sido causado por tercero ni empleado por las dos partes contratantes

Respecto del momento cronológico del dolo: El dolo ha de ser antecedente o concomitante en el perfeccionamiento del negocio, pues no basta para viciar el consentimiento cualquier actitud maliciosa sobrevinida con posterioridad, y ello, a tenor del principio mala fides superveniens non nocet.

No elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra.

3.9.3.- Vicios del consentimiento. La violencia. Concepto y requisitos.

Violencia es la acción de utilizar la fuerza para conseguir un fin determinado.

La violencia moral o vis compulsiva viciante del consentimiento, necesita en todo caso de prueba irrefutable por lo mismo que la libertad del consentimiento ha de presumirse, requiere, además de su inminencia y gravedad, el elemento de su producción antijurídica, por lo que salvo supuestos excepcionales, no podrá constituir un mal significativo de amenaza el anuncio del ejercicio de un derecho

3.9.4.- Vicios del consentimiento. Intimidación.

La intimidación es la generación o provocación del miedo con una finalidad determinada.

Cuando los hechos imputados en el ámbito penal son ciertos, en manera alguna pueden constituir un mal injusto, ni pueden, por tanto justificar la aplicación del art. 1267.2 CC.

Para que la intimidación vicie el consentimiento se precisa que la coacción moral que se aduzca como su causa esté integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico, y tan fuerte que obligue al sujeto que la padece a que su voluntad se manifieste en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento, de manera que se produzca entre éste y la invocada intimidación nexo causal, lo que no puede apreciarse cuando el hecho pretendido como injusto emane de una situación proveniente del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho.

La jurisprudencia exige para la existencia de fuerza o intimidación que vicie la voluntad ,la amenaza antijurídica de un mal inminente y grave,y , que el consentimiento manifestado haya sido determinado decisivamente por dicha amenaza.

La intimidación supone siempre, para ser acogida, una fuerte coacción moral, que se ejerce sobre el sujeto para que su voluntad contractual se determine en sentido contrario a sus intereses.

Para que la intimidación, definida en el art. 1267.2 CC, pueda provocar los efectos previstos en el art. 1265 CC y conseguir la invalidación de lo convenido, es preciso que uno de los contratantes o persona que con el se relaciona, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que, por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya en su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir, que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y no un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad, es por ello que la concurrencia de intimidación exige un doble requisito:

- a) Una actitud o comportamiento tendente a inspirar el temor de sufrir un daño, distinto al legítimo ejercicio de un derecho que pudiere perjudicar a la contraparte.

- b) Y que las circunstancias de edad y condiciones personales del sujeto permitan afirmar que este temor es racional y fundado y a la vez, suficientemente grave como para doblegar su voluntad, no pudiendo concederse, sin la concurrencia conjunta de ambos elementos, relevancia suficiente para anular el consentimiento, a la actitud o comportamiento que el interesado pretende hacer valer.

3. 10.- Objeto del contrato.

La naturaleza del objeto contractual no depende de las declaraciones de las partes, sino de su propia constitución y substancia, toda vez que no afecta al principio básico de congruencia la calificación jurídica que el Juez da a los hechos al aplicar a los mismos la norma o combinación de normas que sean pertinentes y que tiene el deber de conocer y poner en juego, aun sin necesidad de sugerencia de las partes.

La jurisprudencia considera el objeto del contrato como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, bien procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación. El objeto del contrato, además de ser lícito ha de ser determinado o determinable, siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes ni a un nuevo acuerdo entre ellos.

La relativa indeterminación del objeto no es obstáculo para la existencia del contrato -- art. 1273 CC-- ya que según el art. 1167 CC cuando la obligación consista en la entrega de una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior

Para que el error en el objeto sea invalidante del contrato ha de ser esencial; es decir, que la cosa no tenga las condiciones que se le atribuyan, atendida su finalidad y que no haya podido evitarlo quien lo padece con el uso de una diligencia media.

El hecho de contratar sobre un objeto no perteneciente a la persona que lo hace y sobre el que no se ostenta ninguna facultad dispositiva supone atentar a esa tríada de exigencia del art. 1.261 CC, necesarias para la existencia de los contratos y especialmente a la segunda (Cfr. TS 1.ª SS 27 Dic. 1932, 4 Dic. 1934 y 30 Ene. 1960) con lo cual aquel contrato habrá de tenerse como inexistente.

3.11.- La causa.

3.11.1.- Concepto.

Cuando hayas de sentenciar, procura olvidar a los litigantes y acordarte sólo de la causa Epicteto.

La causa es el motivo, fundamento u origen del contrato.

La causa tiene carácter objetivo y **está constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual**, considerándose como requisito esencial de los contratos, mas no precisa su expresión, pues se presume su existencia, siendo lícita mientras no se pruebe lo contrario y produciendo su falta la nulidad del negocio, como determina el art. 1275 CC, equivaliendo la falsedad de la causa a su no existencia.

La causa es un requisito esencial y necesario para la existencia del contrato, y así lo proclama el art. 1261.3 CC, pero, ahora bien, la causa a que se refiere dicho precepto, es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y que definitivamente determina la realización del mismo; y por ello es lógico que los contratos sin causa, en el antedicho sentido, o con causa ilícita, sean ineficaces, ineficacia ésta, que afecta a la totalidad del contrato, y así lo proclama el art. 1275 CC; y como consecuencia colateral de lo anterior, el art. 1276 CC, llega a afirmar que la expresión de una causa falsa en un contrato, hace que al surgir la figura delimitada doctrinalmente del contrato simulado, y no disimulado, aquel sea nulo de pleno derecho.

En nuestro Derecho, la causa contractual figura como un elemento esencial del pacto con independencia de los demás que integran la relación obligatoria e inconfundible con la voluntad y con el motivo, por derivar éstos del querer y en cambio tener la causa un carácter puramente objetivo, siendo éste el criterio que, a pesar de los esfuerzos de las teorías anticausalistas, prevalece en la Jurisprudencia, la cual viene repitiendo que no debe confundirse el sentido léxico del vocablo "causa" con la acepción jurídica de la misma voz que si unas veces equivale a título, en materia obligacional tiene un significado especial y concreto definido por el art. 1274 CC en cuanto entiende por causa en los contratos onerosos para cada parte la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra.

La causa debe concurrir no sólo al tiempo de su formación, sino que también se precisa que subsista durante la vida del convenio hasta su total cumplimiento. Sin embargo, siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, **cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección**, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido, so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados; no es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, sino que carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya, aun de forma más reducida.

En los contratos se ha de distinguir entre causa ilícita y ausencia de causa, que son dos situaciones jurídicas diferentes y con distinto alcance y efecto, dado que la ilicitud supone existencia de causa, aunque resulte viciada por su oposición a las leyes o a la moral, cual expresa el art. 1275 CC, en tanto que la falta de causa supone total ausencia de ella, y por tanto, sin condicionante alguna emanante de ilicitud, pues lo que no existe ninguna consecuencia de licitud o ilicitud puede producir.

La causa de los contratos existirá siempre que se haya hecho una declaración seria y libre entre personas que tengan la capacidad debida y se refieran a un objeto lícito y determinado.

Para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato, no puede omitirse el peso que debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen, de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; y aunque es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa, como elemento objetivo trascendente, con los móviles o motivos internos de cada interesado, sin embargo, la conjunción entre ambos es posible, sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan al hallazgo de aquel designio de razonabilidad.

A la vista del art. 1274 CC se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición. Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa; como elemento, afecta a la existencia –momento de la perfección–, pero no al desarrollo o al cumplimiento del contrato.

3.11.2.- Requisitos de la causa.-

La doctrina jurisprudencial distingue la causa de los contratos, de carácter objetivo, de los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes, ya que, aun operando en el campo de la causa concreta, ha de ser separado del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa, y como tal, integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista, siempre será menester, para llegar a causalizar, una finalidad concreta, cual es que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto del pacto concreto, operando a manera de causa impulsiva.

3.11.3.- Licitud e ilicitud de la causa.

El árbitro considera la equidad, el juez la ley. Aristóteles

Es causa ilícita la que resulte contraria a la moral y a las buenas costumbres. Por ello la ilicitud de la causa no reside sólo en el objeto del contrato, sino en el matiz inmoral o de fraude de ley que revista la operación en su conjunto, por su finalidad contraria a la ley o a la moral.

Por otro lado, es muy distinto un contrato sin causa, esto es, donde la finalidad socioeconómica que cada parte persigue al contratar, no existe ni aparece en los términos a que se refiere el art. 1274 CC y que, por lo tanto, no hay mecanismo alguno para descubrir cuál es la razón de ser o la finalidad que persigue cada parte al contratar, de la causa ilícita, en que se tratará, en su caso, de un contrato en donde existiendo la causa, ésta, por su singularidad o sus connotaciones, es contraria a las leyes o a la moral, siendo por ello ilícito todo el aparato negocial verificado.

Cuando se establece un concierto o sea crea una relación jurídica con un fin que no sea lícito, la ley declara su ineficacia hasta sus últimas consecuencias, privando a las partes de repetir lo entregado por su virtud, como sanción a la conducta antijurídica de los creadores de dicha relación, sanción que no distingue el carácter voluntario o forzoso de la entrega, pues sólo se exige que ésta sea consecuencia de la relación creada y antes de que ésta se declare nula.

Para que se dé la ilicitud de la causa en un contrato, será necesario, como señala la jurisprudencia, que aquélla envuelva -toda vez que se trata de su característica fundamental- la lesión de un interés general de orden jurídico o moral.

3.11.5.- Existencia e inexistencia de la causa.

La verdad nunca daña una causa que es justa. Mahatma Gandhi.

A pesar de la nueva tendencia doctrinal derivada del derecho norteamericano, que ya tiene cierta prestancia en España y que determina la no necesidad de existencia de causa para que un contrato pueda producir todos los efectos propios de su validez intrínseca, no se puede soslayar el mandato establecido en el art. 1261 CC, que exige, para la plena vigencia de un contrato, que además de consentimiento, exista un objeto cierto y una causa. Ahora bien, para la concurrencia del requisito causal es que éste sea real, o sea que no surja la figura del contrato absolutamente simulado -cuando se oculta bajo la apariencia de un contrato normal otro propósito contractual- o la del contrato relativamente simulado -expresión de una causa falsa cuando está fundado en otra causa verdadera y, además, lícita.

El supuesto de ineffectividad contractual que contempla el art. 1275 CC, es decir, la falta de causa, necesariamente supone la ausencia total de la misma, sin condicionante alguno, pues lo que no existe no puede generar consecuencia alguna de licitud o ilicitud.

En la simulación absoluta (con base en los arts. 1261 y ss. CC), al existir una total discordancia entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el contrato nazca o exista, al no haber querido celebrar ninguno las partes, mientras que la simulación relativa encuentra su encaje en el art. 1276 CC que después de establecer el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, por lo que el contrato «simulado» es inexistente o nulo por falta de causa verdadera, pero el «disimulado» será válido si es lícito y reúne los requisitos que correspondan a su naturaleza.

3.11.6.- Presunción de existencia de la causa.

No basta decir solamente la verdad, más conviene mostrar la causa de la falsedad.
Aristóteles

La carga de la prueba de la simulación corresponde a quién la alega. Aun dada la falta de expresión de la causa del contrato, el art. 1277 CC compele a que se presuma existente y lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, lo cual representa en nuestro derecho, sino admisión indiscriminada del negocio abstracto, sí una abstracción de la causa, que puede ser silenciada, sin que ello equivalga a la inexistencia, la cual efectivamente acarrearía la del reconocimiento.

De conformidad con el art. 1277 CC, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, con lo que se establece una presunción iuris tantum de la existencia y licitud de la causa que exonera a los favorecidos por ella de la carga de su prueba, conforme al art. 1250 CC, pero que admite la prueba en contrario.

3.11.7.- Causa falsa.

La mentira gana bazas, pero la verdad gana el juego. Sócrates

La falsedad es la falta de verdad o autenticidad.

La falsedad en la causa del contrato se produce cuando una o ambas partes contratantes faltan a la verdad en el motivo, fundamento u origen del contrato.

La construcción técnica de la simulación viene apoyada por un precepto legal, el art. 1276 CC, declarativo de que "la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita"; expresión "causa falsa" que el Código emplea como ausencia total de causa, incardinándose la redacción del precepto dentro de la concepción objetivista, lo que excluiría como causa a las motivaciones personales de los contratantes.

Es indudable que, conforme al art. 1276 CC, la expresión de una causa falsa en los contratos no obsta a la validez de los mismos si se demuestra que estaban fundados en otra verdadera y lícita, pero tan excepcional admisión de validez en modo alguno puede tener un carácter tal de generalidad que permita admitirla como normal, cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la ley previene para la institución que regula, por lo que es necesario, para que los negocios disimulados puedan producir plenos efectos, que se justifique la concurrencia de los requisitos del art. 1261 CC, o sea, el consentimiento y capacidad de los contratantes para prestarlo, el objeto y, principalmente, la causa lícita y verdadera en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, encubriéndolo bajo un contrato carente de causa o con causa falsa.

No cabe confundir la causa falsa con el móvil de defraudar los derechos ajenos --de naturaleza subjetiva--, ya que la causa es la razón esencial del contrato. La falsedad de la causa se contrapone a la verdadera que refiere el art. 1274 CC, equivaliendo a su no presencia, operando como sinónima de simulación, que hace que el contrato no tenga

existencia jurídica, que es de lo que se trata en el caso, es decir, de relaciones arrendaticias totalmente ineficaces, toda vez que la causa que se expresó no era sólo aparente, sino falsa. El propósito realmente pretendido por los contratantes, actuando de común acuerdo, fue distinto, con intención bien expresada de perjudicar los intereses de tercero, al llevar a cabo reglamentaciones contractuales sólo externas, amparándose en causa que resulta falaz y no verdadera, por ausencia de la adecuada y recta voluntad negocial, concurriendo así reserva bilateral mental, que la ley sanciona, por no autorizar la eficacia y validez de los contratos afectados de tal situación de simulación absoluta.

Acerca de la prueba de la simulación del contrato, la jurisprudencia ha venido consagrando dos principios generales: a) que la divergencia entre la voluntad real y la declarada ha de ser suficientemente probada por quién la afirma. Y así, la carga de la prueba de la simulación debe serle impuesta siempre al litigante que la aduce, y b) la simulación de los contratos, por estar referida fundamentalmente a cuestiones de hecho, constituye una materia de apreciación libre del juzgador, quién, a partir de unos datos ciertos llega, mediante un raciocinio lógico-jurídico, a una convicción sobre la efectiva existencia de otros, en principio, desconocidos o inciertos, que, de tal modo, quedan acreditados por medio de presunciones, las cuales constituyen un verdadero medio probatorio reconocido por el CC. Sin que exista, además, norma legal alguna que impida estimar como demostrado un hecho cuando sólo se dispone de presunciones para probarlo. Por ello, para acreditar la simulación será preciso descubrir, en primer lugar, la causa simulandi, es decir, el motivo que impulsó a simular, que, unido a otra serie de circunstancias, puede llegar a mostrar la falsedad de la causa expresada; sin que baste, obviamente, la mera alegación de tal causa simulandi, sino que ha de colegirse su veracidad a partir de un hecho cierto, o susceptible de demostración. Porque, en definitiva, de acuerdo con lo que se dispone en el art. 1277 CC, la causa de los contratos se presume que existe y que es lícita; de tal manera, que resulta preciso acreditar cumplidamente la falsedad de la causa propia del contrato de que se trate.

3.12.- Forma y prueba de los contratos.-

La jurisprudencia tiene establecido que, de acuerdo con las normas de los arts. 1278 y 1279 CC, las del art. 1280 no comportan la exigencia de formalidades ad solemnitatem, sino tan sólo ad probationem, de suerte que el juzgador puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir, que reúna los requisitos del art. 1261, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita, pudiendo, por tanto, proclamarlo el Tribunal por apreciación de los instrumentos de prueba aducidos a las actuaciones.

Las partes de un contrato que tenga por objeto la transmisión o modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles pueden compelerse recíprocamente a llenar la forma pública (arts. 1279 y 1280.1 CC); naturalmente, el que las partes, en cumplimiento de las exigencias legales, hayan de dar forma pública a un acto dispositivo o modificativo ya realizado no significa que hayan de prescindir, contra la verdad, de que el acto dispositivo o modificativo tuvo fecha anterior, sino que lo que han de hacer en la escritura pública es reconocer solemnemente el acto o contrato tal como ocurrió, con todas sus circunstancias, entre ellas la de la fecha.

La expresión «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento», implica que, aparte de tener que acreditarse la existencia previa del presupuesto

negocial o instrumento legal de atadura entre las partes, ha de abarcar el hecho provocante del litigio, o sea, que el destinatario de la acción ha incumplido la obligación, frente a lo que éste, en su caso, deberá acreditar siempre ex post en vía de defensa, o que ya se extinguió aquel instrumento formal, o también que el incumplimiento o no cumplimiento no tuvo lugar, utilizando cualquiera de los medios previstos al efecto en el art. 1156 CC.

3.13.- Preparación del contrato. El precontrato. Responsabilidad precontractual.

La doctrina científica viene estudiando la figura de contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiéndose que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato, tratándose así de una obligación de hacer, o más concretamente, de una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad, acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios; por otro lado, la posición doctrinal más moderna entiende que el precontrato es ya un contrato completo, y al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior, afirmándose por los defensores de esta teoría que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero en germen, en síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro, y así la jurisprudencia al respecto llega a la conclusión de que en el cumplimiento forzoso del precontrato puede sustituirse la voluntad del obligado por la del juez, circunscribiéndose el derecho a la indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir.

La teoría de los tratos preliminares se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y adlateres realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y evanescente, pues hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio –ideas, especulaciones y planteamientos–. Siempre tendrán un denominador común, que es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables. De estos tratos sociales o «contratos sociales» puede y debe derivarse una cierta responsabilidad –precontractual o por culpa in contrahendo,– que al faltar relación contractual aparece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*. A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de la teoría de los tratos preliminares o a través de la teoría del abuso del derecho, pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente en la entrada en juego del art. 1902 CC.

3.14.- Perfección del contrato.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el término de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y la causa, para que la posterior aceptación

determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese un nuevo acuerdo.

El concurso de voluntades o consentimiento por el cual se perfecciona el contrato puede tener lugar de dos formas, y así en los contratos de formación instantánea el intercambio de oferta y aceptación se produce de modo inmediato, sin solución de continuidad. Por el contrario, en los contratos de formación sucesiva, la aceptación tiene lugar en un momento cronológico posterior a la oferta, esto es, hay una aceptación sucesiva pero retardada, y que puede obedecer a un imperativo ante o precontractual, diferente situación geográfica de los contratantes, o a un imperativo contractual, por estar incorporado a la propia oferta. El art. 1262.2 CC determina a sensu contrario que el contrato se perfecciona cuando el ofertante toma conocimiento de la aceptación de la otra parte, que en la doctrina se califica de sistema de perfección mediante cognición o conocimiento, y a este enfoque del CC, el CCom. en su art. 54 le da otro distinto, toda vez que dice que los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, lo que implica que el contrato se perfecciona cuando existe el acuerdo real, lo que también en la doctrina se denomina sistema de expedición.

Desde su perfección los contratos obligan, no solo a lo estrictamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe al uso y a la ley.

3.15.- Perfección del contrato y condición suspensiva.

La condición ha de entenderse en el sentido del art. 1113 del Código Civil, como «suceso futuro o incierto» o «suceso pasado que los interesados ignoren».

Las condiciones suspensivas, conforme a los arts. 1113 y ss. CC, imponen un aplazamiento del negocio convenido y, en tanto no se cumplan las mismas, aquél queda técnica y objetivamente sujeto a un evento futuro, más o menos incierto, del que depende el nacimiento o resolución de la relación jurídica que abarca derechos y obligaciones para los sometidos a su ámbito, presentando a su vez un aspecto subjetivo, consistente en la voluntaria subordinación pactada de la eficacia del contrato al acontecimiento esperado; mientras la condición está pendiente no se produce la vinculación obligacional y legal correspondiente a las relacionantes cláusulas convenidas, si bien, no obstante, puede llegar a engendrar efectos preliminares, tendentes a asegurar el orden de intereses establecidos para cuando la condición tenga cumplimiento efectivo y real.

La existencia de condición en las obligaciones no se presume, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto, para cuya determinación los Tribunales han de entrar en la interpretación del contrato al margen de lo que dijese las partes.

En las condiciones suspensivas, durante la fase o período de dependencia, aunque la obligación en realidad ya ha nacido, no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual es lo cierto que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos, evitando, en la medida de lo posible, que, en tanto la conditio se cumpla, pueda verse perjudicado en sus intereses; consecuencia de lo cual es que, cumplida la conditio, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometida no solamente adquieren su plenitud, sino que además y por virtud de lo prevenido en el art. 1114 en relación con los arts. 1113.1 y 1120.1 inciso primero, todos CC, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación.

El mero hecho de que la eficacia de un contrato definitivo se supedita al cumplimiento de una condición suspensiva no transforma, en modo alguno, dicho contrato definitivo en un simple precontrato.

4.- Contratos mercantiles.-

Son contratos mercantiles los que, con ánimo de lucro, recaigan sobre un objeto de comercio, (es decir, los regulados por el Código de comercio y los de naturaleza análoga).

De acuerdo con el artículo 50 del Código de comercio, los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle establecido expresamente en el Código de comercio o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común (concretamente los artículos 1.254 a 1.314 del Código civil).

Son válidos los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Se exceptúan de este principio los siguientes :

- a) Los contratos que, con arreglo al Código de comercio o a las Leyes especiales, deban celebrarse en escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.
- b) Los contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la Ley española.

En ambos casos, los contratos que no tengan las circunstancias, respectivamente, requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

Los contratos mercantiles ilícitos no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

El principio de buena fe debe estar presente en los contratos de comercio, de manera que éstos se ejecuten y cumplan de buena fe, según los términos en que estén hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hayan explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en el Código de comercio, se regirán por las disposiciones del mismo y en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza ; y a falta de ambas reglas, por las disposiciones de Derecho común. Sin embargo, si a pesar de todas estas normas se originan dudas que no puedan resolverse con las mismas, se decidirá la cuestión a favor del deudor.

4.1.- Contrato de cuenta corriente.-

El Código de comercio no contiene una regulación del contrato de cuenta corriente, pero sí alude a él en alguno de sus preceptos (art. 909.6); no obstante, la doctrina científica y la jurisprudencia han perfilado su concepto, caracteres y efectos, definiéndolo como un contrato sui generis, consensual, no formal y bilateral, caracterizado por la existencia de un pacto que, a base de la recíproca concesión de crédito, aspira a mantener unidos los elementos integrantes de la cuenta, sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinantes del saldo final; resaltándose además su carácter normativo, por imponer a las partes una conducta futura, en cuanto a la regulación y liquidación conjunta de sus operaciones, sin que cada una de ellas pierda su individualidad, pero sin originar singulares obligaciones de dar, hacer o no hacer inmediatamente exigibles.

Para que se dé por existente el contrato de cuenta corriente se precisa un pacto, habitualmente entre comerciantes, merced al cual, sobre la base de una concesión recíproca de crédito, se mantienen vivos y unidos todos los elementos integrantes de las respectivas cuentas con exclusión de cualquier aislada disponibilidad de los créditos, aplazándose su liquidación hasta el instante concebido para poner término a las operaciones, y no exigiéndose las partes sino el saldo a favor de una o de la otra.

Hay que advertir que el contrato de cuenta corriente no es el contrato de cuenta corriente bancaria y de gestión o apertura de crédito y depósito de cuenta corriente, figuras estas distintas que serán objeto de estudio posteriormente.

El antecedente indispensable para calificar una figura de cuenta corriente mercantil es que exista una actividad comercial.

El contrato de cuenta corriente mercantil no recogido expresamente en el Derecho español queda definido por la doctrina jurisprudencial y científica como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuada, acuerdan concederse temporalmente crédito recíproco en el sentido de quedar obligados ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas como partidas de carga y abono, sin exigirse el pago inmediato sino el saldo, a favor de la una

o de la otra, resultante de una aplicación por diferencia al ser cerrada en la fecha pactada.

Características de este contrato :

1º.- Es en contrato consensual, no formal y bilateral, siendo la remesa un acto de ejecución y no de perfección del contrato.

2º.- Es un contrato normativo pues viene a regular futuras obligaciones contractuales entre las partes.

3º.- En el contrato de cuenta las partes pactan que los créditos que nazcan de sus negocios pierden su individualidad de forma que el saldo en que se basan sea el único crédito exigible al momento convenido.

4º.- Cualquiera que sea la naturaleza jurídica del convenio, aquel saldo y sus intereses resulta exigible según lo dispuesto en los artículos 1088 y ss. del Código civil.

5º.- Este contrato requiere la recíproca concesión de crédito, no la unilateralidad de tal concesión, y el compromiso de no exigibilidad de las partidas de remesas mutuas hasta la fecha de exigibilidad del saldo resultante después de la compensación de las mismas, lo que comporta una convención detallada de tales extremos para su trascendencia jurídica, que no puede emularse por relaciones de otra naturaleza, cuya constatación gráfica en cuenta corriente se produce a efectos de mera contabilidad pero sin imprimir ese carácter jurídico, por carecer de los elementos esenciales definitorios del contrato en cuestión.

6º.- La simple apertura de una línea de crédito no contiene los elementos precisos y sine qua non para la configuración del contrato de cuenta corriente, ni puede confundirse con la apertura de crédito en cuenta corriente, ni el depósito en cuenta corriente, ni ninguna otra figura similar que se convenga al calor de la flexibilidad que ofrecen los artículos. 50 y 51 del Código de Comercio, en relación con el artículos . 1.255 del Código civil.

4.2.- Contrato de cuentas en participación.-

El contrato de cuentas en participación, cuya naturaleza está configurada en el art. 239 del Código de comercio, es aquél en el que el gestor hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe, que adquiere el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca y, por supuesto, el de que le sea rendida cuenta de la marcha del negocio.

Establece el citado artículo que los comerciantes podrán interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción en que determinen.

Si bien del contenido literal del artículo. 239 del Código de comercio podría entenderse que en el contrato de cuentas en participación las partes han de ser comerciantes, sin embargo, tal extremo es intrascendente. Como ya declaró el TS 1.^a S 8 Jul. 1894, siempre que el gestor sea comerciante, el contrato tendrá naturaleza mercantil, siendo patente que en numerosos casos quienes aportan determinado capital al negocio no son otros comerciantes sino, por el contrario, personas totalmente ajenas a la actividad mercantil. Lo que verdaderamente importa es que las operaciones a las que se destinan tales capitales sean mercantiles, según se desprende de la Exposición de Motivos del Código de comercio.

El contrato de cuentas en participación es un contrato mercantil, claramente diferenciado del de sociedad o de la comunidad de bienes, y así se deduce de la denominación que le dan sus intervinientes y de la voluntad expresa y concreta de someterlo a los preceptos de los artículos. 239 al 243 del Código de comercio; y la doctrina señala como características propias:

1^a.- Su carácter oculto, recogido en los artículos. 241 y 242 del Código de comercio., y con el fiel reflejo de que el partícipe no contraerá responsabilidad alguna frente a terceros, pues la sociedad gestora contratará en su propio nombre, responsabilizándose así de las operaciones sociales conforme a lo dispuesto en los artículos 241 y 242 citados.

2^a.- De igual forma, el partícipe no tendrá acción contra las personas físicas o jurídicas con quienes contrate la sociedad gestora o mantenga relaciones de cualquier clase inherentes a su objeto social.

3^a.- La falta de personalidad jurídica frente a terceros, recogida en los repetidos artículos. 241 y 242 y señalada como una constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que en él se muestra una sociedad con personalidad jurídica, pero no las cuentas de ésta con sus partícipes.

4^a.- El patrimonio es propiedad del gestor. Efectivamente, el contrato de cuentas en participación se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terceros, los cuales no tienen intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretendan obtener con la contribución de capital que efectúan; precisando, en todo caso, la no concurrencia de un patrimonio común independiente del privativo del titular y del de los interesados.

5^a.- La participación será en los resultados prósperos y adversos de las operaciones, conforme prescribe el artículo. 239 del Código de comercio, lo cual configura la convención como un contrato de cuentas en participación de los regulados aparte de las sociedades en el Tit. II Lib. II CCom., y de naturaleza diferente de la comunidad de bienes a que se refieren los arts. 392 y ss. CC.

6^a.- La liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados.

4.3.- Contrato de compraventa mercantil.-

El Código de comercio califica la compraventa mercantil, no por el sistema subjetivo, en el cual es mercantil toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos, y que tenga por objeto mercaderías o títulos valores, sino por el sistema objetivo, en que se prescinde de la persona del sujeto contratante, para atender sólo a su intención, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación, de modo que la compraventa mercantil descansa, no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniendo al respecto el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, con dominio, en consecuencia, de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o vende pasa a ser elemento secundario e irrelevante.

La nota que caracteriza la compraventa mercantil frente a la civil es el elemento intencional, que se desdobra en un doble propósito por parte del comprador, el de revender los géneros comprados, bien sea en la misma forma que los compró o adecuadamente transformados, y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa, de modo que la compraventa mercantil se hace no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades de consumo, sino para lucrarse con tal actividad, constituyéndose el comprador en una especie de mediador entre el productor de los bienes comprados y el consumidor de los mismos, una vez transformados o manufacturados.

No son compraventas mercantiles :

1º.- Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren. Así, hay que negar el calificativo de civiles respecto de aquellas compras que "para su consumo" (art. 326.1 del Código de comercio) se hacen por empresas o particulares -incluso no comerciantes- dedicados a una explotación industrial, mercantil o agrícola, con o sin transformación de la mercancía o incorporada ésta al revender, por entenderse que esas compras no están incluidas en la excepción del citado art. 326.1, en relación con el art. 325 del Código de Comercio, es decir, por no estar destinadas al consumo particular o familiar, o exceder de éste, sino al fin empresarial o negocial de producción, transformación o inversión productiva.

La expresión "compras al consumo" que emplea el art. 326.1 Código de comercio, no puede tener un alcance totalizador o comprensivo tanto de las compras hechas para el consumo personal o familiar vale un destino o fin que se agote o consuma en la propia empresa, sin trascender originaria o derivativamente (por incorporación a un producto transformado), como de esas compras llamadas de empresa o empresariales, cuyo fin propio, aunque sea para su "consumo" como tal empresa o negocio, sea, en definitiva, la venta productiva o lucrativa (o la adquisición de bienes para producir), en definitiva, la inversión productiva, actividad que evidentemente no puede ser calificada más que con la nota que a su vez califica de mercantil la compra con ánimo de lucro según el art. 325 del Código de comercio, en cuanto la empresa, o la persona empresaria, no compra para consumir, sino para producir, es decir, obtener un beneficio que le permita continuar en la cadena productiva.

2º.- Las ventas hechas por los propietarios o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganado, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3º.- Las ventas hechas por los objetos realizados por los artesanos en sus talleres.

4º.- La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.

Características del contrato de compraventa mercantil :

1ª.- Obligaciones del vendedor :

a) Entrega de la cosa.

Si el vendedor no entrega en el plazo estipulado los efectos vendidos, el comprador podrá pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se hayan producido por la tardanza.

En los contratos en que se pacte la entrega de unas mercancías determinadas en un plazo fijo, no el comprador no estará obligado a recibir una parte ni aun bajo la promesa de entregar el resto ; pero si acepta la entrega parcial, la venta quedará consumada respecto de los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a pedir por el resto el cumplimiento del contrato o su rescisión.

La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, da derecho al comprador a rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiese constituido en depositario de las mercaderías de acuerdo al artículo 339 del Código del comercio, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito.

En la ejecución del proceso comercial de la denominada venta con expedición aparece, además del vendedor y del comprador, una tercera figura, cual es el porteador, que no interfiere en el contrato de compraventa propiamente dicho, pero cuya presencia en la diligencia de entrega tiene la virtualidad de prestarle un matiz muy definido, cual es el de que en el preciso momento de hacerse cargo de la mercancía se entiende verificada la puesta a disposición del comprador, para quien gravita la obligación de pago del transporte, todo ello siempre que no conste expresa estipulación en contrario.

b) Saneamiento.

En toda venta mercantil el vendedor queda obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario.

2ª.- Obligaciones del comprador :

a) El pago del precio de la compraventa, tanto si el mismo se fijó al contado, como a plazos.

b) La recepción de la cosa. El comprador deberá recibir la cosa objeto de compraventa y si rehusa sin justa causa el recibo de los efectos comprados o demora su recepción, el vendedor podrá pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías.

3ª.- Compraventas mercantiles especiales.

a) Venta sobre muestras.

El comprador en un contrato de compraventa sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio (art. 327 Código de comercio) tiene el derecho a examinar la cosa vendida confrontándola con la muestra y rehusarla en forma legal si, a su juicio, no coincide con ella, pero no puede por sí rescindir el contrato, ni dejar de cumplirlo, porque el cumplimiento del mismo no puede dejarse a la sola voluntad de uno de los contratantes. En consecuencia, si la venta se hace o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados si fueren conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato.

Si el comprador se niega a recibir los géneros se nombrarán peritos por ambas partes que decidirán si los mismos son o no de recibo.

Si los peritos determinan que los géneros son de recibo, se estimará consumada la venta, y en caso contrario, se rescindirá el contrato sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador.

b) Venta salvo aprobación y venta a ensayo.

El párrafo primero del artículo 328 del Código de comercio regula la venta con reserva de aprobación, determinando que en las compras de los géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convienen.

La venta a calidad de ensayo, regulada en el segundo párrafo del artículo 328 del Código de comercio faculta al comprador a rescindir la compraventa si por pacto expreso se hubiere reservado ensayar el género contratado.

La venta de ensayo, configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en contrario, según preceptúa el art. 1453 CC, lo que significa que la operación se perfecciona cuando una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y por lo tanto la del pago del precio.

c) Venta de empresa mercantil.

El derecho español desconoce el concepto de empresa como universalidad, por lo que la transmisión de la empresa originará negocios jurídicos que correspondan a cada uno de

los elementos que se transmiten, estando cada uno de ellos sometidos a sus propias reglas; de ahí que el nacimiento, vida y efectos de cada relación patrimonial en la venta de una empresa, siga su propio cauce con independencia de los demás.

d) Contrato de suministro.

En una relación de suministro de mercancías, la devolución por el comprador al vendedor de una partida no acredita, sin más, que se hubiese de devolver por el último el importe de esas mercancías si no se prueba, además, que se había pagado efectivamente ese importe por el comprador.

e) Contrato de venta a plazos de bienes muebles.

Por contrato de financiación a comprador -regulado por el art. 3 L 50/1965 de 17 Jul. (venta de bienes muebles a plazos)- la Ley considera como tales "aquellos en que un tercero facilite al comprador, como máximo, el importe aplazado del precio", quedando obligado éste a devolver el importe del préstamo; y si bien, desde un punto de vista económico, tal supuesto transforma la venta a plazos en una operación al contado, desde el aspecto jurídico se habrá producido una subrogación del financiador en la posición de vendedor, constituyendo para el comprador la causa la cosa y para el vendedor el precio, por aplicación de lo establecido en los arts. 1274 y 1445 del Código civil.

En una compraventa a plazos no hay obligaciones ilíquidas, sino unas obligaciones perfectamente determinadas pero sometidas a plazo, y si se pierde el beneficio del plazo, éstas resultan inmediatamente exigibles.

Conforme se deduce del contenido del art. 3.1 L 50/1965 de 17 Jul. (compraventa a plazos de bienes muebles), cuando el vendedor ceda o subroga al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y financiador se concierten de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos, ello es significativo de convenio a tal fin que tiene la consideración simplemente de préstamo de financiación al vendedor, sin determinar por sí el desplazamiento de los efectos del dominio de los bienes vendidos al cesionario o subrogado.

Si ciertamente el art. 23 L 50/1965 de 17 Jul. (compraventa a plazos de bienes muebles) sanciona que para ser oponibles a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a dicha Ley, será necesaria su inscripción en el registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer que llevarán los Registradores Mercantiles con sujeción a las normas que dicte el M.º Justicia, y la OM Justicia 8 Jul. 1966 (Ordenanza del registro de venta a plazos) -que previene en su art. 20 que a todos los efectos legales se presumirá que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado-, ello hay que entenderlo referido a los efectos positivos generados por la inscripción, esto es, a que el tercero no venga afectado por el contrato de venta a plazos si no existe constancia registra de él, con la consiguiente presunción de veracidad y exactitud de lo que conste registrado, pero no en el aspecto negativo, consistente en que habiéndose producido la inscripción de las correspondientes ventas a plazos en el expresado Registro, se hubiesen cancelado con posterioridad al embargo practicado en relación a los bienes que

afecten y por tanto, con inscripción vigente al tiempo en que dicho embargo se practicó, pues en tal caso, y además, apercibido de ello el embargante, se mantienen los efectos excluyentes del dominio de tales bienes por parte de quien adquirió con la referida modalidad de venta a plazos, con la consiguiente cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor en tanto el pago de lo vendido no conste realizado por completo, toda vez que la pervivencia de la inscripción de las ventas de tal naturaleza y carácter, cuando el embargo fue practicado, cumple adecuadamente con la finalidad de la constancia ante terceros que la inscripción registral persigue.

Una consolidada jurisprudencia ha sancionado la falta de identidad entre la compraventa de bienes muebles a plazo, regulada por la L 50/1965 de 17 Jul. (ventas a plazo de bienes muebles), y el contrato de arrendamiento o leasing financiero, ya se considere éste como negocio mixto en que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya como supuesto de conexión de contratos complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, caracterización acorde con la que de esta figura contractual se contiene en el RDL 15/1977 de 25 Feb. (medidas fiscales, financieras y de inversión pública), cuyo artículo 19 califica como operaciones de arrendamiento financiero aquellas que, cualquiera que sea su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma prevista en el art. 22 y según las específicas señaladas por el futuro usuario; las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento, añadiendo el art. 21 que, a efectos de lo dispuesto en el art. 2.2 L 50/1965, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en «la presente estipulación» no se considerarán incluidos en el art. 1 D 1193/1966 de 12 May. (desarrolla la L 50/1965)

f) Contrato de permuta.

El código civil define en su artículo 1.538 la permuta como un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

El carácter de mercantil de la permuta se encuentra cuando la permuta de cosa mueble se realiza con ánimo de revenderla con el correspondiente ánimo de lucro de la reventa.

g) Venta en exclusiva.

La designación como comprador y distribuidor exclusivo, seguida del compromiso del distribuidor de trabajar los productos, con la obligación de cuidar la recepción de la mercancía, velar por la conservación de la misma y organizar las ventas, y la propia exclusividad, son características básicas del contrato de distribución, mientras que la compra anual en firme de mercancías no supone más que el señalamiento de unos mínimos de operaciones a realizar, como es habitual en las concesiones en exclusiva; no se trata, por tanto, en el caso de un contrato de compraventa en firme y de distribución subsiguiente en exclusiva.

La revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes, posibilidad jurídicamente posible y válida, que no comporta per se la necesidad de indemnizar los daños causados por la resolución del vínculo, debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias

indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiese abusivamente la resolución del vínculo, como sucede cuando la denuncia unilateral del contrato va seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuesto de enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente si se quiere evitar su calificación de enriquecimiento sin causa.

h) Transferencias de créditos no endosables.-

De acuerdo con el artículo 347 del Código de comercio, los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.

El deudor queda obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo el que se haga a éste.

El art. 347 del Código de comercio en cuanto previene que "el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación", al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles nominativos se pongan en conocimiento del deudor, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, pues la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada taxativamente en derecho, y es suficiente, como ha sucedido en el presente caso, que se haga en el acto de emplazamiento en juicio al deudor para que se repute cumplido lo dicho en el artículo examinado.

4.4.- Contrato de comisión.-

Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y, además, sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

El contrato de comisión mercantil, para que produzca los efectos que le son inherentes, requiere que el comisionista no rehúse, o tenga razón suficiente para rehusar, el encargo que el comitente le hiciese, cual se deduce a sensu contrario del contexto del art. 248.1 CCom., no entendiéndose aceptada la comisión, como indica el art. 249 del mismo texto, sino cuando el comisionista ejecute alguna gestión, en el desempeño del encargo que le hiciese el comitente, que no se limite a la determinada en el artículo 248.2 del Código de Comercio, o sea, a prestar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste designe nuevo comisionista, en vista de su negativa, o hasta que, sin esperar nueva designación, el Juez o Tribunal se haya hecho cargo de los efectos, a solicitud del comisionista.

Respecto del rehúse de la comisión cabe decir que, si el principio general, en materia de contratación, es que nadie está obligado a contestar a las propuestas del contrato, cuando se trate de persona que se dedique a la comisión mercantil ha de ser tratado con mayor rigor, precisamente por el carácter profesional que implica, cuyo rigor ha de consistir en la obligación del comisionista de comunicar al comitente inmediatamente, por el medio más rápido posible, el rehúse del encargo que se le hiciese, dado que quien

hizo el encargo a quien tenga por profesión la comisión mercantil tiene derecho a suponer que mientras el comisionista no diga nada en contrario el encargo ha sido aceptado, porque precisamente esa actividad profesional consiste en hacer encargos, y quien descansa en esa confianza puede sufrir daño si el comisionista, luego de haber guardado silencio, se niega a efectuar la comisión.

Las características del contrato de comisión son:

1ª.- Obligaciones del comisionista:

- a) Cumplir la comisión aceptada con respeto a la legalidad, consultando lo no previsto en el contrato sin proceder contra disposiciones expresas del comitente.
- b) Comunicar al comitente las novedades de interés para el buen fin de la negociación.
- c) Defender los intereses del comitente, de manera que sobreponga a su propio interés el del comitente.
- d) Desempeñar por sí los encargos que reciba.

4.5.- Contrato bancario.-

Contrato bancario es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria.

A diario son millones las operaciones bancarias derivadas del contrato bancario. El común denominador de tales operaciones es el servicio prestado por los Bancos, de manera que, si bien es cierto que lo que caracteriza el contrato bancario típico es **dar crédito a la contraparte**, no es menos cierto que los Bancos asumen también **obligaciones de hacer** en aquellas operaciones neutras que se exteriorizan jurídicamente en los contratos bancarios de cuenta corriente, mediación y custodia, y que constituyen los llamados **servicios bancarios de gestión y administración en beneficio de la clientela**. Nos referimos en este último caso a las obligaciones de hacer y servicios de administración y gestión que el Banco realiza por cuenta de su cliente, fundamentalmente el servicio de caja y el servicio de administración de los títulos depositados en la entidad bancaria.

Veamos algunas manifestaciones del contrato bancario desde el punto de vista jurídico :

- Por lo general, las relaciones jurídicas entre Banco y cliente se basan en un acuerdo inicial que se exterioriza por la apertura de una cuenta bancaria.
- El Banco goza de un derecho contractual de prenda para garantizar el pago de sus saldos deudores respecto del cliente.

- El Banco se reserva, además, un derecho de compensación que excede de los límites de la compensación legal.
- El Banco tiene derecho a adeudar intereses en las operaciones activas y obligación de abonarlos en las obligaciones pasivas.
- El Banco, con independencia de los intereses, tiene derecho a percibir un tanto fijo o porcentual por los servicios que realice por encargo del cliente.
- El Banco está autorizado unas veces, y obligado otras, a realizar pagos por cuenta del cliente.
- El Banco tiene un deber de lealtad y diligencia respecto a los informes y asesoramiento que facilite al cliente.
- La entidad bancaria tiene la obligación de guardar secreto sobre las operaciones que el cliente le confía y de sus relaciones con el Banco.
- El Banco, en suma, debe cumplir con las obligaciones derivadas de las distintas operaciones asumidas (cuenta corriente, apertura de crédito, préstamo bancario de dinero, de títulos y de firma, descuento bancario, depósitos bancarios de dinero, cajas de seguridad, transferencias, etc...).

4.6.- Contrato de transporte.-

En el contrato de transporte una persona llamada porteador se obliga, a cambio de un precio, a transportar de un lugar a otro a un bien o persona determinados, o a ambos a la vez.

Atendiendo a su objeto se puede distinguir entre el contrato de transporte de personas y el de transporte de cosas.

En el contrato de transporte de cosas concurren los siguientes elementos personales :

- a) El porteador. Es el empresario que asume de forma directa la obligación de realizar el transporte.
- b) El cargador o remitente. Es quien contrata en nombre propio con el porteador y entrega o se obliga a entregar la carga para su transporte.
- c) El consignatario. Es a quien se ha de entregar la mercancía.

En el contrato de transporte de persona no cabe hablar de entrega, ni de comienzo , ni de fin del contrato, y no existe el consignatario. Concurren en este caso los siguientes elementos personales :

- a) El porteador. Es quien asume la obligación de transportar correctamente (con arreglo a las condiciones pactadas) a las personas.
- b) El viajero. Es la persona transportada que se compromete al pago del precio. El billete es el título acreditativo del contrato.

4.7.- El contrato de seguro.-

4.7.1.- Concepto y clases.-

A) Concepto dualista.- Un concepto del contrato de seguro a prima fija, se encontraba en el derogado artículo 1.791 del Código Civil: "Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes." Se advierte que este concepto se limitaba al seguro contra daños, dejando excluidos totalmente los seguros sobre las personas. El Código Civil (como ocurre con las viejas leyes) estaba bajo la influencia histórica del seguro marítimo como prototipo de todo seguro, olvidando que era forzoso desdoblar el concepto desde que apareció la figura sobre la vida. Este desdoblamiento se encuentra ya en las leyes más modernas.

El contrato de seguro es un contrato de contenido heterogéneo, imposible de reconducir a un concepto válido para todos los posibles tipos de seguro. La peculiaridades de cada tipo son tan acusadas que no se puede hablar de un contrato único, sino de un semillero de contratos diversos, sometidos a normas jurídicas radicalmente distintas. No basta decir que asegurar a alguien contra un acontecimiento significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse el acontecimiento previsto como futuro e incierto, porque semejante contenido abarca desde la obligación condicional hasta la fianza, pasando por el seguro estricto. La naturaleza extraordinariamente compleja del contrato de seguro, en el que, como ocurre con el arrendamiento, el contenido es sumamente diverso, induce a varios autores a renunciar a una definición.

De los fundamentos técnico-económicos que hemos analizado, debemos retener ahora el riesgo y la incertidumbre y contentarnos con una definición basada sobre uno de esos elementos. Seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona -el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro.

La doctrina que centra el seguro sobre la traslación del riesgo desde el asegurado al asegurador es aceptable, siempre que se aclare bien su sentido. El asegurador no asume el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que asume las consecuencias económicamente perjudiciales de tales hechos para el asegurado. Esta asunción del riesgo de tener que subvenir a una futura necesidad económica, concreta o abstracta, del asegurado, constituye la prestación esencial del asegurador.

Todo seguro tiende a satisfacer una futura necesidad económica. La diferencia está en que en el seguro sobre la vida, esta pretensión o deseo no asciende a causa del contrato, sino sólo a motivo económico, mientras que en el seguro contra daños la completa reparación del daño es la causa del contrato. Por tanto, habrá que reconocer que el concepto de seguro se desdobra en seguro contra daños y seguro sobre la vida, y que este concepto dualista es el único que armoniza con la realidad de la institución, tal como se recoge en las leyes y en la doctrina clásica de los autores.

El artículo 1º de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980 define este contrato diciendo: "El contrato de seguro es aquel porque el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas." En este artículo 1º está clara la contraposición entre los seguros contra daños, cuyo objeto es la cobertura de un daño mediante su reparación, y los seguros de personas en los que no hay cobertura de un daño, sino el simple pago de un capital, de una renta o de otras prestaciones de antemano convenidas, inclinándose por la concepción dualista del seguro, la cual, en buena lógica, debió regir todo el contenido de la ley. Pero no ha sido así, sino que quizás por un "lapsus legislatoris", el elemento de la indemnización aparece también en los seguros sobre las personas, y ello no es coherente con la definición del artículo 1º.

La ley de 1.980 dedica el Título II al seguro contra daños, incluyendo el seguro de incendios, contra el robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y el reaseguro. El Título III trata del seguro de personas, incluyendo el seguro sobre la vida, de accidentes y los de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Los conceptos y elementos comunes a todo seguro subsisten dentro de la clásica doctrina dualista (riesgo, azar, posibilidad e incertidumbre, siniestro, obligaciones recíprocas de los contratantes, etcétera). Y, dentro de esta misma doctrina, el seguro contra daños y el seguro sobre la vida se separan en lo que justamente deben separarse, a saber: en la función, que es puramente indemnitaria en el seguro contra daños y es, en cambio, de ahorro o previsión en el seguro sobre la vida.

B) Clasificación del contrato de seguro.- Las clasificaciones más aceptadas atienden a la naturaleza de la prestación del asegurador (seguro de indemnización, o seguro de capital o renta), o a la naturaleza del objeto afectado por el riesgo (seguro de cosas y seguro de personas).

La clasificación del seguro debe de tomar como criterio la diversa naturaleza de la prestación del asegurador, por eso Bruck los clasifica de la siguiente manera: De un lado los seguros de intereses, que corresponden a la clásica terminología del seguro contra daños y que responden al sistema de la concreta cobertura de necesidad, esto es, de la prestación del asegurador ajustada al daño realmente sufrido; y de otro, los seguros de personas en sentido estricto, que responden al sistema de la abstracta cobertura de necesidad. Esta clasificación debe completarse con un tipo intermedio, a saber, el seguro de personas impuro o en sentido amplio, en el que también la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad (seguro de enfermedad, de accidentes, de invalidez, de entierro y funeral, etc.).

En el sistema llamado de la "concreta cobertura de necesidad", el asegurador ha de realizar su prestación sólo cuando ocurra una determinada necesidad y con la extensión máxima de la necesidad realmente sentida.

En el sistema llamado de la "abstracta cobertura de necesidad" desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador. Este se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede, por tanto, ser o no equivalente a la necesidad sentida. Conforme a este sistema se explotan los llamados "seguros de personas", que la Ley del Contrato de Seguro agrupa bajo la rúbrica de "seguro sobre la vida".

El contrato de seguro consistente en la prestación de unos servicios, para el supuesto de que suceda un determinado evento posible pero incierto, que produzca una necesidad en el damnificado que pueda ser satisfecha mediante dicha prestación de servicios por el asegurador, no sólo es posible en nuestro ordenamiento, sino que además se encuentra regulado en el mismo por diversos preceptos que incluso algunos de ellos tienen el rango de ley.

La Ley 30/1996 , de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), establece en su Disposición adicional primera. los siguientes ramos de seguro :

1. En el seguro directo distinto del seguro de vida la clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios se ajustará a lo siguiente:

A. Clasificación de los riesgos por ramos.

1. Accidentes.

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de indemnización, mixta de ambos, y de cobertura de ocupantes de vehículos.

2. Enfermedad (comprendida la asistencia sanitaria).

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de reparación, y mixta de ambos.

3. Vehículos terrestres (no ferroviarios). Incluye todo daño sufrido por vehículos terrestres, sean o no automóviles, salvo los ferroviarios.

4. Vehículos ferroviarios.

5. Vehículos aéreos.

6. Vehículos marítimos, lacustres y fluviales.

7. Mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados).

8. Incendio y elementos naturales. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

9 Otros daños a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el número 8.

10. Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

11. Responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista).

12. Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

13. Responsabilidad civil en general. Comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los números 10, 11 y 12.

14. Crédito. Comprende insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola.

15. Caución (directa e indirecta).

16. Pérdidas pecuniarias diversas. Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

17. Defensa jurídica.

18. **Asistencia.** Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro.

19. **Decesos.** Incluye operaciones de seguro que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando estas prestaciones se satisfagan en especie o cuando el importe de las mismas no exceda del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento.

Conforme a la LOSSP los riesgos comprendidos en un ramo no podrán ser clasificados en otro ramo, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los riesgos accesorios en la letra C.

B) Denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos.

Cuando la autorización se refiera simultáneamente:

-A los ramos 1 y 2 se dará con la denominación «Accidentes y enfermedad».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 3, 7 y 10 se dará con la denominación «Seguro de automóvil».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 4, 6, 7 y 12 se dará con la denominación «Seguro marítimo y de transporte».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 5, 7 y 11 se dará con la denominación «Seguro de aviación».

-A los ramos 8 y 9 se dará con la denominación «Incendio y otros daños a los bienes».

-A los ramos 10, 11, 12 y 13 se dará con la denominación «Responsabilidad civil».

-A los ramos 14 y 15 se dará con la denominación «Crédito y caución».

-A todos los ramos se dará con la denominación «Seguros generales».

C) Riesgos accesorios. La entidad aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización de los mismos, cuando éstos estén

vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubre el riesgo principal, siempre que para la autorización en el ramo al que pertenezca el riesgo accesorio no se requieran mayores garantías financieras previas que para el principal, salvo, en cuanto a este último requisito, que el riesgo accesorio sea el de responsabilidad civil cuya cobertura no supere los límites que reglamentariamente se determinen.

No obstante los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 no podrán ser considerados accesorios de otros ramos, salvo el ramo 17 (defensa jurídica) que, cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo anterior, podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 si el riesgo principal sólo se refiere a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente, y como riesgo accesorio del ramo 6 cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.

El seguro directo sobre la vida se incluirá en un solo ramo, el ramo de vida, con el ámbito de todos los ramos del seguro directo sobre la vida enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad del seguro directo sobre la vida.

A. Ambito del ramo de vida.

El ramo de vida comprenderá:

a) **Seguro sobre la vida**, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido en el de supervivencia el seguro de renta; el seguro sobre la vida con contraseguro; el seguro de «nupcialidad»; y el seguro de «natalidad». Asimismo comprende cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión.

b) **Operaciones de capitalización del artículo 3.2 de la LOSSP.**

c) **Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación y de gestión de operaciones tontinas.** Se entenderá por:

-Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación aquellas que supongan para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades. También estarán comprendidas tales operaciones cuando lleven una garantía de seguro, sea sobre la conservación del capital, sea sobre la percepción de un interés mínimo. Quedan

expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones, regidas por la Ley 8/1987, de 8 de junio (RCL 1987\1381), reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, que estarán reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones.

-Operaciones tontinas aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

B. Riesgos complementarios.

Las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir como riesgos complementarios los comprendidos en el ramo de accidentes y en el ramo de enfermedad, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo.
- Se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.
- Estén garantizados en un mismo contrato con éste.
- Cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, y éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE

MONOGRAFIA

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE GERENCIA DE RIESGOS

PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

CIVIL Y MERCANTIL

ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DEL SEGURO

PARTE II

Gonzalo Iturmendi
Abogado
Secretario General de AGERS

**PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN
CIVIL Y MERCANTIL.
ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE SEGURO.**

II

Gonzalo Iturmendi Morales.
Abogado

INDICE

- 1.- Fundamentos del contrato de seguro. El riesgo.-**
 - 1.1.- Concepto.-
 - 1.2.-Elementos del riesgo.-
 - 1) Posibilidad e incertidumbre.
 - 2) Azar.-
 - 3) Necesidad pecuniaria

- 2.- Principios técnico aseguradores.-**
 - 2.1.Probabilidad.-
 - 2.2.-Ley de los grandes números.-
 - 2.3.-Suceso.
 - 2.4.- Sucesos mutuamente excluyentes.-
 - 2.5.- Sucesos independientes.-
 - 2.6.- Peligro.-
 - 2.7.- Azar.-
 - 2.8.- Clases de riesgos.-
 - 2.9.-Riesgo especulativo.-
 - 2.10.- Riesgo puro o aleatorio.-
 - 2.11.- Riesgo agravado.-
 - 2.12.- Riesgo asegurable.-
 - 2.13.- Riesgo común
 - 2.14.- Riesgo industrial.
 - 2.15.- Riesgo sencillo.-
 - 2.16.- Gran riesgo.-
 - 2.17.- Riesgo tarado.-
 - 2.18.- Riesgos extraordinarios.-
 - 2.18.1.- Por su causa.
 - 2.18.2.- Por su evolución.
 - 2.18.3.- Por su afección.

3.- El interés en el seguro.

4.- Explotación conforme a plan

5.- Concepto económico del seguro.-

6.- Concepto y clases de contratos de seguro.-

a) Seguros distintos del de vida. Ramos:

1. Accidentes.
2. Enfermedad.
3. Vehículos terrestres (distintos de los ferroviarios).
4. Vehículos ferroviarios.
5. Aeronaves.
6. Cascos de buques o embarcaciones.
7. Mercancías transportadas.
8. Incendio y eventos de la naturaleza.
9. Otros daños a los bienes.
10. Responsabilidad civil: vehículos terrestres automotores.
11. Responsabilidad civil: aeronaves.
12. Responsabilidad civil: buques y embarcaciones.
13. Responsabilidad civil general.
14. Crédito.
15. Caución.
16. Pérdidas pecuniarias diversas.
17. Defensa jurídica (prestación de dicho servicio).
18. Asistencia en viaje (prestación de dicho servicio).
19. Asistencia sanitaria (prestación de dicho servicio).
20. Decesos (prestación de los servicios fúnebres).
21. Otras prestaciones de servicios: Comprende cualquier otro seguro en el que se garantice la prestación de servicios distintos de los previstos en los ramos 17, 18, 19 y

b) Ramo de vida.

7.- Contrato de seguro: Perfección, obligaciones de las partes y duración.

7.1.- Perfección del contrato.-

La proposición del seguro. La póliza del contrato y la perfección de éste. Transmisión de los derechos de la póliza. Las cartas de garantía y los suplementos de la póliza.

7.2.- Obligaciones de las partes.-

La prima como elemento esencial del contrato. Clases de prima. Principios a los que está sometida. Pago de la prima en la Ley de contrato de seguro. Obligación de comunicar el siniestro. Obligación de comunicar el siniestro. Obligación de pagar el daño sufrido o el capital asegurado.

7.3.- Duración del contrato y prescripción.-

8.- Clausulas abusivas y condiciones generales de contratación en pólizas de seguro.-

8.1.- Relevancia de la buena fe en el contrato de seguro.-

8.1.1.- La mala fe.

8.1.2.- Dolo.

8.1.3.- Consecuencias de la mala fe.

8.2.- Las condiciones generales en las pólizas de seguros.

- a) El problema del consentimiento.
- b) El problema de la libertad.
- c) El principio "contra stipulatorem".
- d) El principio "favor debitoris".
- e) El principio "pro consumptore".

FUNDAMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.-

Para entender bien lo que es un contrato de seguro es preciso exponer, aunque sea brevemente sus **fundamentos extrajurídicos**. De este modo llegaremos a descubrir el concepto económico del seguro, siendo el contrato, la forma jurídica de esta materia.

El seguro es el antídoto del riesgo. Todo riesgo engendra una preocupación y ésta a su vez, un deseo de seguridad. La finalidad del seguro es dar seguridad frente al riesgo. En ocasiones, el riesgo puede ser reducido o eliminado por diversos procedimientos. Pero otras veces no puede alcanzarse por la supresión directa del acaecimiento temido. En tales casos, la deseada seguridad se remedia por la esperanza o certeza de que al sobrevenir la situación temida, tendremos a nuestra disposición un valor económico que la compense. Este valor seguro que se espera sustituye al valor cuya pérdida se teme; por eso se llama "valor de sustitución o reemplazo". El seguro pone lo seguro en lugar de lo inseguro: ésta es la esencia de la institución.

Cuando la reparación se realiza mediante la distribución del daño en un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, entonces aparece el seguro en sentido propio, el cual descansa sobre su base de la comunidad de riesgos, que permite una compensación entre todos ellos. Mas para que esta compensación pueda realizarse, la comunidad de riesgos debe de ser amplia y debe ser homogénea. La primera de estas condiciones disminuye el azar y llega a anularlo. La segunda exige la agrupación de riesgos de análoga naturaleza, en cuanto a su género, a su frecuencia y a su entidad. Para conseguir esta homogeneidad, el asegurador ha de seleccionar y limitar los riesgos que asume. Para esto último se sirve del mecanismo del reaseguro, del coaseguro o de la franquicia.

1.- El riesgo.-

1.1.- Concepto.-

Según Garrigues riesgo es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial. El riesgo es un estado (estado de riesgo) que se produce por consecuencia de un hecho.

La diferencia entre riesgo y siniestro se ve clara cuando se piensa que lo que provoca la prestación del asegurador no es el primero sino el segundo. El siniestro es la conditio legis para que el asegurado pueda reclamar el pago, mientras que el riesgo es la conditio legis para que el asegurador pueda pedir el pago de la prima.

La Ley del Seguro menciona el riesgo, sin definirlo, en el artículo 4º. El riesgo es el elemento esencial del contrato de seguro, y por ello es requisito mencionar "la naturaleza del riesgo". Esta diversa naturaleza del riesgo sirve para distinguir las distintas clases de seguro. Y es requisito de todas ellas. Por ello, el artículo 4º dice que "el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de la conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro".

Al declarar la nulidad del contrato, el artículo 4º no se refiere a la omisión de la mención del riesgo, sino al hecho de que en el momento de su conclusión no existiese el riesgo o hubiese ocurrido el riesgo.

1.2.-Elementos del riesgo.-

1) Posibilidad e incertidumbre.

Debe de existir la posibilidad de que ocurra un hecho dañoso o surja una necesidad patrimonial. Si la esencia del seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro, lógicamente, para que exista la institución tiene que haber alguna inseguridad o "incertidumbre".

La incertidumbre es generalmente "objetiva" porque la mayor parte de los contratos de seguros se pactan para el futuro. Pero puede ser también "subjetiva" cuando el seguro se pacta para el pasado. Objetivamente el hecho se habrá producido o no en el pasado, pero si los interesados lo ignoran habrá incertidumbre subjetiva, y con ella basta.

La posibilidad se traduce en un "estado de riesgo" y éste, a su vez, en una mayor o menor verosimilitud de que se produzca el siniestro; en una mayor o menor peligrosidad. A esto se llama "intensidad del riesgo". El riesgo aumenta cuando la posibilidad se aproxima a la probabilidad y disminuye cuando se aleja.

La incertidumbre es un concepto intermedio entre el de necesidad y el de imposibilidad. La imposibilidad excluye totalmente la realización del siniestro. La necesidad lo hace inevitable.

En la incertidumbre que es esencial al seguro, hay diversos grados según que afecte a todos los datos que definen la realización de un hecho: el si, el cuándo y el cómo ("incertidumbre absoluta", propia de los seguros contra daños); o afecte solamente a alguno de esos elementos ("incertidumbre relativa", que es suficiente para el seguro; basta que sea incierto el "cuándo" ocurrirá el hecho previsto).

La incertidumbre afecta no solamente a la realización del hecho temido, sino también a la cuantía del daño sufrido. Aquí caben dos posibilidades: la cuantía del hecho puede estar limitada por datos objetivos o puede ser ilimitada.

En cambio en el seguro de responsabilidad civil está clara la falta de limitación, puesto que el responsable de un hecho dañoso en el que interviene culpa o negligencia responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del C.C.). Mas en este caso, y a fin de que el riesgo no sea absolutamente incierto en su cuantía, se fija arbitrariamente un límite máximo a la indemnización.

Por otra parte, el momento en que el siniestro se produce (incertidumbre en el cuándo) tiene influencia sobre la medida del daño.

Finalmente la duración del siniestro influye también sobre la medida del daño y conduce a establecer un límite arbitrario a la prestación del asegurador.

En resumen, y salvo para el seguro por causa de muerte (en el que la prestación del asegurador no se mide por el daño, sino por el capital convenido), en la mayoría de los casos el riesgo tendrá más de una dimensión en cuanto a su incertidumbre.

2) Azar.-

Siendo el seguro un contrato aleatorio de los que define el artículo 1.790 del Código Civil, es claro que la realización del hecho temido ha de ser fortuita, es decir que ha de depender tanto de la libertad del hombre como del juego del azar.

Pero el concepto de lo fortuito sufre modificaciones al ser aplicado al seguro. Por fortuito no entendemos aquello que no tiene causa, o cuya causa última se ignora (azar absoluto). Si así fuese, sólo serían asegurables los acontecimientos producidos por las fuerzas de la naturaleza (rayo, pedrisco, inundación, etc.). Por fortuito entendemos todo lo que no depende de la intención o de la voluntad de la persona amenazada por el hecho previsto como posible (azar relativo). Mas justamente en la relación que pueda darse entre el seguro razonable y la voluntad del asegurado está el problema más difícil. El concepto de "azar relativo" sufre esta gradación:

1') No son indemnizables aquellos hechos que se realizan directamente por voluntad del asegurado, pues en ellos el azar desaparece voluntariamente.

caso 200. 1.1.1.1.1.1.1

2') En el otro extremo están los hechos totalmente ajenos a la voluntad humana (fuerza mayor en sentido estricto). Estos son asegurables, pero se distingue entre los hechos fortuitos ordinarios y los extraordinarios o calamitosos. Estos últimos son los acontecimientos fortuitos en sentido absoluto, porque son independientes de la voluntad humana.

3') En una zona intermedia están los hechos en que la conducta humana no es decisiva ni indiferente. Unas veces porque podrían ser evitados empleando una diligencia extraordinaria; otras veces porque podrían ser evitados empleando la diligencia que suelen ejercer las personas medianamente cuidadosas. Pues bien, son asegurables los hechos producidos por consecuencia de una culpa leve del asegurado, es decir, por consecuencia de una conducta que, sin ser intencionada o gravemente culposa, hacen que el siniestro se convierta de posible en probable.

Pero aquí hay que distinguir entre el seguro contra daños y el seguro de responsabilidad civil, pues mientras el primero incluye los daños producidos por culpa leve del asegurado, el segundo incluye también los daños producidos por culpa de toda clase, justamente porque se trata de un seguro de responsabilidad.

En resumen, el azar domina siempre toda operación de seguro aisladamente considerada. Pero la explotación en masa que caracteriza la actividad de las empresas aseguradoras, permite un cálculo preciso sobre la realización del riesgo, que se funda en un doble dato: primero, que los riesgos que amenazan la vida o el patrimonio no afectan a todos ni los afectan en la misma medida (si así fuese, la prima del seguro debería ser equivalente al valor actual del capital asegurado, y el seguro implicaría un gasto inútil); segundo, que los hechos fortuitos, cuando se observan en gran número, demuestran una realización regular. Esta ley (llamada "ley de los grandes números") permite a las empresas aseguradoras determinar con referencia a cierto plazo de tiempo y a cierto objeto asegurado, la frecuencia con que resulta afectado por un riesgo también determinado. Las tarifas de las empresas de seguros se formulan sobre observaciones de este tipo y sobre la base de la experiencia.

3) Necesidad pecuniaria.- En la doctrina del seguro el riesgo implica la amenaza de que ocurra un hecho que provoque una necesidad económica. Claro es que la mayoría de los contratos onerosos tienen por móvil satisfacer una necesidad pecuniaria. Mas lo peculiar del seguro es que la necesidad surge por consecuencia de un acontecimiento futuro e incierto al que hemos llamado "siniestro". La necesidad patrimonial aparece en el fondo de todo contrato de seguro, de una manera más o menos abstracta, pero no se eleva a elemento del concepto jurídico más que cuando se trata del seguro contra daños. En este caso la reparación de la necesidad económica producida por el siniestro, esto es, el daño, se eleva a causa del contrato. En los seguros sobre la vida es evidente también el deseo de subvenir a una futura necesidad patrimonial causada por la muerte; o por la larga vida que determina la disminución de la capacidad de trabajo. Pero, a diferencia de los seguros contra daños, en este caso la cobertura de una necesidad pecuniaria no asciende a causa del contrato, sino que se queda en simple motivo económico. Desde el punto de vista jurídico, el problema se enlaza al de la contraposición entre los seguros contra daños y los seguros sobre las personas y al criterio diferencial entre unos y otros.

La necesidad pecuniaria no puede considerarse como elemento del concepto jurídico de la institución, pero, indudablemente, es un ingrediente económico que destaca con mayor fuerza en el seguro que en los demás contratos onerosos, por el carácter "sui generis" de la necesidad patrimonial: 1º Es una necesidad futura e incierta.

2º Es una necesidad que se cubre con un coste inferior al que se precisaría para satisfacerla en el momento en que se presentare. La relación entre la necesidad pecuniaria y la obligación del asegurador de pagar una indemnización se ve clara en el seguro contra daños y es más borrosa e indefinida en el seguro sobre la vida, Si así no fuera todos los seguros serian contratos cuya finalidad será la de indemnizar un posible daño futuro. Esta es la tesis de la llamada "teoría indemnitaria", a la que no podemos adherirnos.

En resumen, podemos concluir respecto del concepto y características del riesgo :

El riesgo es la inseguridad, probabilidad o proximidad de un daño. Se trata, pues, de la incertidumbre sobre el acaecimiento de un evento y de las consecuencias dañosas que el mismo puede acarrear.

Posiblemente la definición más completa de riesgo pueda ser esta:

Evento incierto, indeseable, imprevisto e involuntario que, en caso de producirse, puede tener consecuencias negativas para quien lo sufre y puede generar al mismo tiempo unas necesidades cuantificables económicamente.

En el ámbito asegurador, el riesgo es el objeto del seguro.

Se previene el mismo mediante el contrato de seguro, mediante el cual, el asegurador se hace cargo de las consecuencias dañosas que pudieran producirse para el asegurado, quedando obligado al pago de una indemnización si se materializa el riesgo.

Las características del riesgo son:

a) **Incertidumbre o aleatoriedad.** Es necesario que exista incertidumbre sobre si se producirá o no el hecho, o sabiendo que se producirá, se ignora cuándo.

- b) **No deseo de que acaezca por parte del afectado.**
- c) **Imprevisibilidad**, es decir, que suceda de manera súbita.
- d) **Posibilidad**. Ha de ser un hecho cuyo acaecimiento sea posible.
- e) **Fortuito o involuntario**, sin que exista intervención del afectado.
- f) **Licitud**. El riesgo que se asegura ha de ser acorde con la Ley, las costumbres y el orden público.
- g) **Concreción**. El riesgo ha de estar definido sin ambigüedad, debiendo recaer sobre algo susceptible de valoración económica.

Veamos a continuación el significado de otros términos relacionados con el riesgo:

2.- Principios técnico aseguradores.-

2.1. Probabilidad.-

Es la frecuencia relativa de un determinado suceso, basada en la posibilidad de su acontecimiento.

2.2.-Ley de los grandes números.-

A mayor número de unidades de riesgo, más probable es que la experiencia de pérdida efectiva sea igual a la experiencia de pérdida probable.

El riesgo, la incertidumbre, disminuye a medida que aumenta el número de unidades (v.gr.: no es lo mismo 200 ordenadores almacenados en una nave, que el mismo número de ordenadores repartidos entre 100 colegios).

2.3.-Suceso.

Suceso es un hecho o acontecimiento posible.

2.4.- Sucesos mutuamente excluyentes.-

Son aquellos que no se pueden ocasionar simultáneamente (vgr.: vida o muerte; sacar un as y un rey de la baraja).

Su probabilidad es la suma de cada suceso.

2.5.- Sucesos independientes.-

Son aquellos que carecen de relación entre si.

2.6.- Peligro.-

Es un suceso (situación fáctica consolidada) que puede causar una pérdida (v. gr.: incendio, accidente, etc...)

2.7.- Azar.-

Es una condición que origina o aumenta la probabilidad de pérdida por un peligro.

2.8.- Clases de riesgos.-

El término riesgo asociado a otros términos se utiliza en gran cantidad de acepciones. Veamos algunas de ellas.

2.9.-Riesgo especulativo.-

Es el riesgo ordinario que corre el empresario en la gestión de su empresa.

El resultado puede ser una pérdida o una ganancia.

2.10.- Riesgo puro o aleatorio.-

Es el ya definido anteriormente como riesgos, es decir, la incertidumbre que resultará en la práctica de una probabilidad subyacente.

2.11.- Riesgo agravado.-

La agravación de un riesgo es el aumento en su peligrosidad. Este término se suele utilizar en el sector asegurador para indicar las situaciones de riesgos que, estando cubiertos por una póliza, devienen más peligrosas, bien sea por un acontecimiento ajeno al asegurado, o bien por su propia voluntad, estando en ambos casos el asegurado obligado a comunicar a la entidad aseguradora las circunstancias de la agravación del riesgo, a fin de que ésta opte entre la modificación del contrato de seguro o su rescisión.

2.12.- Riesgo asegurable.-

Es aquel que cumple los requisitos precisos para poder ser asegurado.

2.13.- Riesgo común

Es aquel que, recayendo sobre objetos diferentes, se considera como un único riesgo porque la materialización del mismo afectaría a todos ellos.

2.14.- Riesgo industrial.

Es aquel que puede afectar a una industria considerada globalmente, sin distinguir entre las unidades físicas que lo componen.

2.15.- Riesgo sencillo.-

Al contrario del riesgo industrial, es el riesgo que recae sobre unidades de espacio físico concretas.

2.16.- Gran riesgo.-

Merece la pena detenernos en este apartado dada la trascendencia que el mismo puede tener tanto para las Administraciones Públicas como para las grandes corporaciones industriales, ya que muchas de las existentes en España podrían estar en esta categoría si cumplen los requisitos que más adelante veremos.

El artículo 44 de la Ley de Contrato de seguro establece que:

"No será de aplicación a los contratos de seguro por grandes riesgos, tal como se determina en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma".

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), la Ley de Contrato de Seguros ya carecía de carácter imperativo para los llamados "Grandes riesgos". A tenor de la correcta aplicación del artículo 3 de la Ley 21/90, de 19 de diciembre, que modificó el artículo 44 de la LCS, en relación con los artículos 52 y 53 de la citada Ley 21/90, así como de la adición a la Ley 33/84, de 2 de agosto (contenida en la susodicha Ley 21/90), en la Disposición Transitoria Novena " ¹.

¹ Antes de la LOSSP existía una definición legal que sirve de referencia a múltiples citas normativas, que estaba contenida en el artículo 52 de la Ley 33/1.984, de 2 de agosto sobre ordenación del Seguro Privado (B.O.E. 186, de 4 de agosto), modificada por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre para adaptar al Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de la legislación de seguros privados. El mencionado artículo 52 establecía que:

A los efectos de lo establecido en la presente Ley y disposiciones complementarias se entenderán por grandes riesgos los siguientes:

- a) Los de vehículos ferroviarios, aeronaves, cascos de buques, mercancías transportadas, responsabilidad civil derivada del uso de aeronaves o de buques.

En consecuencia, antes de la LOSSP, siempre que el contrato de seguro de responsabilidad civil estuviera considerado como de "grandes riesgos", con arreglo a la normativa citada, estaba excluida la imperatividad de la LCS, no siendo aplicable la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 20-03-91 y 24-04-91 y siendo válida la estipulación CLAIM MADE BASIS en estos casos.

Antes de la LOSSP, ALMAJANO PABLOS, a la hora de abordar el tema del derecho comunitario y su aplicación en el derecho español en materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos, concluía que: "En cuanto al régimen de control, supone, hasta la entrada en vigor de la Tercera Directiva, la innecesidad de autorización administrativa para operar en España (Estado miembro de prestación de servicios) desde entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado distinto de la Comunidad Económica Europea (Estado miembro de origen) o establecidas en el mismo. Ello sin olvidar las complicaciones surgidas por la falta de incorporación o defectuosa incorporación de Directivas a nuestro ordenamiento jurídico, así como el mayor rigor exigido durante un período transitorio para que concurra el concepto de grandes riesgos.

No obstante, desde la entrada en vigor de la Tercera Directiva desaparecerán las peculiaridades del régimen de control de grandes riesgos, aplicable no sólo al seguro de responsabilidad civil sino a cualquier otro seguro incluido en su ámbito, ya que, a partir de ese momento, tanto los grandes riesgos como los riesgos de masa estarán sujetos únicamente al control del Estado miembro de origen, aunque se actué a través de establecimiento permanente en otro Estado o en régimen de prestación de servicios.

b) Los de crédito y los de caución cuando el tomador del seguro ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de incendio, otros daños a los bienes, responsabilidad civil general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador del seguro supere, al menos, dos de los tres límites siguientes:

Contravalor en pesetas de 6,2 millones de Ecus como suma total del Balance.

Contravalor en pesetas de 12,8 millones de Ecus como cifra neta de negocio.

Doscientas cincuenta como número medio de personas empleadas durante el último ejercicio terminado con anterioridad a la fecha de la póliza. Reglamentariamente se establecerá la forma de calcular el número medio de empleados.

Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.

Finalmente, en cuanto al régimen jurídico del contrato de seguro, la peculiaridad del concepto de grandes riesgos no sólo pervive, sino que se amplía (de comprender únicamente el grupo primero a comprender la totalidad de los grandes riesgos) a partir de la entrada en vigor de dicha Tercera Directiva. Tal peculiaridad, que consiste en una norma de libertad de elección de ley aplicable, como norma de conflicto de Derecho Internacional privado, es interpretada en su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico como exclusión de la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro, con la consecuencia fundamental de que en el seguro de responsabilidad civil, en la medida que sea subsumible en el concepto de grandes riesgos, el principio rector ha de ser el de la autonomía de la voluntad o libre acuerdo entre asegurador y asegurado, sin más limitación que el orden público español.²

Como vemos, la situación no ha cambiado sustancialmente con la nueva LOSSP en relación con los llamados “grandes riesgos”. Por lo que cabe concluir que, en los seguros de responsabilidad civil de “grandes riesgos” suscritos con anterioridad a la LOSSP, deben considerarse válidas en general las estipulaciones de delimitación temporal del riesgo asegurado que circunscriban la misma al momento en que se produzca la reclamación del perjudicado³.

² ALMAJANO PABLOS, L.M. El Derecho comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos. En estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Madrid 1.994. Musini, pág. 73.

³ Veamos el contenido de las declaraciones iniciales al uso en esta materia, antes de la reforma de la LOSSP:

“El tomador del seguro declara, a los efectos previstos en el artículo 44.2 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (modificada por la Ley 23/1.990, de 19 de diciembre, sobre adaptación del derecho español a la Directiva 88/357/CE y actualización de la legislación de Seguros Privados), que:

1º La sociedad tomadora del seguro tiene la consideración de Gran Riesgo a los efectos del artículo 52 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado y del resto de disposiciones que, para su aplicación durante el período transitorio, se hayan promulgado.

2º. El presente contrato se acoge al principio de la autonomía de la voluntad de las partes conforme a artículo 1.255 del CC, rigiéndose por sus propios términos contractuales, y en todo aquello que las partes no hayan pactado expresamente, será de aplicación con carácter supletorio la ley 50/1.989, de 8 de octubre, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, y las reglas generales de las obligaciones establecidas en el Código Civil.

3. La delimitación temporal de la cobertura en base a reclamaciones (claim made basis) ha sido acordada entre las partes en base al principio de equivalencia y justo equilibrio de las prestaciones, esto es, entre el alcance de la cobertura y la prima correspondiente.

Por consiguiente, si las partes hubieran querido establecer un alcance distinto de la cobertura, se hubieran pactado condiciones económicas diferentes.

Lógicamente esta misma conclusión hay que hacerla extensiva a la situación posterior a la mencionada Ley, conforme veremos a continuación.

2.16.1.-Grandes Riesgos conforme al nuevo artículo 107 2 de la Ley de Contrato de Seguro.-

El nuevo artículo 107 - 2 de la Ley del Contrato de Seguro determina que en los contratos por Grandes Riesgos, las partes tendrán la libre elección de la ley aplicable.

La nueva norma establece que se considerarán Grandes Riesgos los siguientes (véase al respecto también la disposición adicional decimosexta, punto 3, de la Ley 30/1.995, de 8 de noviembre):

"a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista), y la responsabilidad civil en vehículos marítimos lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad del transportista).

b) Los de crédito y los de caución cuando el tomador del seguro ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador del seguro supere, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

A los efectos de la delimitación temporal de la cobertura acordada entre las partes contratantes, ambas acuerdan expresamente la no aplicación a este contrato del artículo 73 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre.

4. Se entiende y acuerda por todas las partes contratantes que la delimitación temporal de la cobertura en base a reclamaciones (claims made basis) significa que el asegurador sólo responderá por las reclamaciones formuladas contra el asegurado durante el periodo de seguro fijado en las condiciones especiales que sean notificadas al asegurador en los términos y condiciones pactados, respecto de actos u omisiones derivados del ejercicio de la actividad asegurada, ocurridos a partir de la fecha retroactiva indicada en la presente póliza.

- Total del balance: 6.200.000 de Ecus (véase la Disposición Adicional decimocuarta de la Ley).
- Importe neto del volumen del negocio: 12,8 millones de Ecus.
- Número medio de empleados durante el ejercicio : Doscientas cincuenta. Reglamentariamente se determinará la forma de calcular el número medio de empleados.

Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.

Finalmente cabe preguntarse sobre las excepciones oponibles por el asegurador de grandes riesgos frente al perjudicado reclamante que ejercita la acción directa contra al asegurador de responsabilidad civil y particularmente si la cláusula de ámbito temporal es oponible o no al tercero perjudicado en los siniestros de grandes riesgos ⁴.

⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. al respecto considera que: "En cuanto a las excepciones oponibles por el asegurador de grandes riesgos frente a la acción directa, los problemas, en principio, son los comunes que plantea el régimen, poco claro, del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (v. Manuel Olivencia Ruiz, - Seguros de Caución, Crédito, responsabilidad civil y reaseguro -, Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, I, cit. Pp. 865 y ss, especialmente pp 904, 907 y ss; Sánchez Calero, - Ley de Contrato de Seguro -, comentarios al Código de comercio y Legislación Mercantil Especial, cit, p. 619 y ss, especialmente pp. 646 y ss). Se configura en ese precepto el derecho del perjudicado o sus herederos como un derecho independiente o autónomo - inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado - Pero, aparte de esos problemas generales, los especiales que puede suscitar el s.r.c. de grandes riesgos se refieren a la amplitud de las excepciones que denomino - objetivas - (límites objetivos de la cobertura del seguro, o de la suma asegurada). La mayor amplitud está en función de la mayor libertad de pacto en el contenido del contrato entre asegurador y asegurado, que es característica de los grandes riesgos. (Sobre exclusión de la cobertura y SSTS, Sala 1ª, de 26 de octubre de 1984; 28 de enero de 19885, Sala 2ª, 18 de septiembre de 1986; 21 de septiembre de 1987; 14 de mayo de 1988). En ocasiones, el TS ha estimado inoponible al tercero la falta de cobertura del riesgo, por estimar que la exclusión se encuentra establecida en cláusula limitativa no aceptada especialmente por escrito por el asegurado conforme el artículo 3º de la Ley de Contrato de Seguro. Así las SSTS, Sala 2ª, de 26 de diciembre de 1986; 6 de abril de 1988; 26 de abril de 1988; 3 de mayo de 1988; 30 de mayo de 1988; 31 de mayo de 1988; 29 de abril de 1991; 10 de junio de 1991; 28 de octubre de 1991 (falta de claridad en la cláusula excluyente); 4 de noviembre de 1991 (con comentario de Emmbid Irujo, - Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro. Comentario a la STS (Sala 1ª), de 4 de noviembre de 1981-, La Ley, 23 de junio de 1992, nº 3.030, pp7-9). Puesto que el artículo 3º, invocado para fundamentar la inoponibilidad al demandante de acción directa de cláusulas de exclusión del riesgo, tiene un carácter netamente protector del asegurado, puede modificarse por voluntad de las partes en virtud del juego de la autonomía de la voluntad y, como delimitación objetiva del riesgo, esas cláusulas podrán oponerse al tercero. Se trata, pues, de una mayor amplitud en las excepciones objetivas del asegurador, pero siempre dentro del régimen general del artículo 76, que estimamos íntegramente aplicable a los seguros de grandes riesgos, en protección del derecho propio y autónomo del perjudicado o sus herederos". OLIVENCIA RUIZ, M. "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Madrid, 1994. Musini., págs. 206 y 207.

Al respecto y dado el carácter de orden público del artículo 76 de la LCS, deberán tenerse en cuenta las limitaciones contenidas en el mismo respecto de la inoponibilidad de determinadas excepciones. Sin embargo entendemos que la estipulación de delimitación temporal contenida en la póliza de responsabilidad civil de grandes riesgos es oponible al tercero perjudicado que plantea su acción de forma directa contra el asegurador de responsabilidad civil.

En cualquier caso nos remitimos al apartado desarrollado en este trabajo más adelante sobre la oposición de la cláusula de delimitación del ámbito temporal al tercero perjudicado por cuanto que el comentario contenido en el mismo es perfectamente aplicable a los grandes riesgos.

2.16.2.- Cálculo de la equivalencia en pesetas del contravalor de los Ecus.-

La Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 30/1.995 establece que la equivalencia en pesetas de los importes en ecus que figuran en la mencionada Ley, así como en la Ley de Contrato de Seguro, se calculará en la forma que reglamentariamente se determine.

2.17.- Riesgo tarado.-

Este término se utiliza en el seguro de vida para identificar a un riesgo de probabilidad de ocurrencia superior a la normal.

2.18.- Riesgos extraordinarios.-

Este grupo de riesgos, más conocidos en el ámbito asegurador español como riesgos extraordinarios, también denominados en muchos contratos, por traducción directa de contratos extranjeros como "actos de Dios", comprenden:

- a) viento, tempestad, huracán, ciclón;
- b) desbordamientos de cursos de agua e inundaciones,
- c) terremotos, volcanes,
- d) hundimientos y corrimientos del terreno, movimientos de tierra, desprendimientos de rocas

2.18.1.- Por su causa.

a) Procedentes del medio físico, serán aquéllos cuyo origen sea una eventualidad propia de una variación en la estabilidad del medio rural que circunda al hombre. Por ejemplo, terremotos, maremotos, inundaciones, heladas, rayos, granizo, etc.

b) Procedentes del medio social. Son aquéllos cuyo origen es una eventualidad propia de una variación en la estabilidad del entorno social que rodea al hombre. Podemos hacer tres grandes grupos:

- Nivel global, como por ejemplo, guerras, bloqueos, sanciones internacionales, cambios de régimen político, cambios del valor de una moneda, promulgación de una Ley que afecte a determinados intereses.

- Nivel personal, como por ejemplo, enfermedades, accidentes, invalideces, nupcialidad, natalidad, etc.

- Nivel profesional, como por ejemplo, huelgas, lock out, paro, crisis económicas, pérdidas del poder adquisitivo del salario, pérdida de beneficios del empresario, etc.

2.18.2.- Por su evolución

a) Riesgos estáticos.-

Son aquéllos que presentan un cierto estatismo en su realización y que traen aparejados una cierta regularidad estadística.

Estos riesgos, interesa subclasificarlos en:

Según la intensidad de su presentación:

monógrafos, aquéllos que una vez presentados lo hacen con total intensidad, el ejemplo más típico, sería el de la muerte.

heterógrados, aquéllos que pueden presentarse de una forma fraccionada, como en el caso de incendio, en el que puede quemarse todo el sujeto sometido al riesgo o parte de él.

Según la intensidad de variación de su cuantía:

constantes: cuando el valor del riesgo en el mismo a lo largo de la existencia de éste, por ejemplo, en el caso del riesgo de hundimiento de un buque, en el que el riesgo, salvo condiciones anormales, es el mismo desde que sale de un puerto hasta que llega al final de la singladura.

variables: cuando el valor del riesgo varía a lo largo del transcurso de su existencia: puede ser:

-creciente, por ejemplo el riesgo de muerte, en el cual, a medida que se avanza en la edad, crece el riesgo de morir.

-decreciente, ejemplo del mismo será el riesgo que corre un prestatario ante la posible no devolución de un préstamo, en cuyo caso, a medida que se van abonando anualidades de amortización, va disminuyendo el riesgo total de pérdida.

-mixto, cuando se observan variaciones en la medida del riesgo en el transcurso del tiempo, como por ejemplo en el caso de nupcialidad.

b) Riesgos dinámicos

Son aquellos que tienen como característica que su variación obedece a fenómenos que evolucionan tan rápida e imprevisiblemente, dependiendo de circunstancias tan inesperadas, que se hace totalmente imposible la previsión de su presentación en cualquiera de sus aspectos.

Una forma de presentación habitual del riesgo dinámico es aquella que se produce al pretender un inversionista colocar sus capitales dentro del proceso productivo.

Un caso particular de riesgos dinámicos es el de los llamados "riesgos evolutivos" o "riesgos de desarrollo", que son aquéllos riesgos que se producen por causa de la propia dinámica del desarrollo económico en el que la Sociedad está inmersa, por ejemplo el caso de un producto farmacéutico erróneo en su concepción o no suficientemente experimentado que puede producir grandes daños a enormes masas de población.

2.18.3.- Por su afección

Ciertamente todos los riesgos afectan a las personas, pero según adopte ciertas características ésta afección, podemos hacer los siguientes apartados:

a) **Riesgos patrimoniales.** Son aquellos que afectan al patrimonio de la persona que los sufre, suelen ser también denominados riesgos sobre las cosas, o riesgos económicos.

b) **Riesgos extrapatrimoniales.** Son aquellos que afectan a la persona, pero fuera de la realización de una actividad económica, de aquí que también se les denomine extraeconómicos; aquí pueden situarse todos los riesgos sobre la vida humana.

c) **Riesgos de responsabilidad.** Son aquellos que afectan a la economía del sujeto pero con unas características especiales ya que sólo pueden ser pecuniarios y aún así, en unas condiciones especiales. Son los consecuentes a la culpabilidad civil del sujeto.

d) **Riesgos afectivos.** Son aquéllos riesgos patrimoniales en los que por alguna circunstancia especial, el valor del mismo es superior al que normalmente se podía considerar.

Es el caso de que una persona asigne a un bien un valor superior al normal por causa de haber asociado al valor intrínseco del mismo un valor sentimental. Así por ejemplo, los recuerdos u las herencias cuyo valor en mercado es pequeño, pueden ser tasados muy altos por sus dueños a causa del valor sentimental que estrañan.

3.- El interés en el seguro.- La doctrina del interés, o sea la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto de un hecho determinado, tiene su marco propio en el

seguro contra daños, dado que el interés es un concepto inseparable del de daño patrimonial. Por ello las leyes mencionan el interés sólo al tratar de esa clase de seguro.

4.- Explotación conforme a plan.- El contrato de seguro empieza a ser realmente seguro cuando comienza a funcionar bajo la forma de una garantía recíproca entre varias economías privadas amenazadas por los mismos riesgos (principio de la homogeneidad del riesgo). La contribución de cada una de esas economías vendrá a engrosar un fondo suficiente para afrontar el pago de los siniestros aislados. Esto exige la explotación en masa del seguro y con arreglo a un plan que permita calcular, sobre la base de los siniestros probables, el importe de la contribución de cada asegurado. Para el concepto jurídico del seguro no es, en cambio, esencial el dato de la explotación por una empresa aseguradora y conforme a plan, porque las relaciones jurídicas derivadas del contrato no resultan afectadas por el hecho de que el asegurador haya celebrado un solo contrato o muchos semejantes.

Las formas de explotación del seguro, correspondientes a otras tantas formas de empresa aseguradora, son dos: la forma asociativa, que excluye el propósito de lucro (asociación de seguros mutuos), y la forma lucrativa o de explotación industrial (sociedades de seguros). En la primera, el asegurado, si al propio tiempo no es accionista, está fuera del círculo de los participantes en el negocio. Es un cliente que paga unas primas de seguro. En la segunda, son simultáneas la conclusión del contrato y la adquisición de la cualidad de miembro.

5.- Concepto económico del seguro.- No todo negocio jurídico que asegure un sustitutivo o una reparación de las consecuencias directas o indirectas de un siniestro tiene el concepto de seguro.

Sólo habrá seguro cuando esa finalidad se alcance mediante la distribución de la reparación entre un gran número de personas amenazadas por idénticos riesgos. Esta es la nota de la mutualidad que se eleva a elemento constante del seguro aunque varíe su forma jurídica. Todas las definiciones económicas del seguro se basan en la idea de la distribución entre un gran círculo de personas aseguradas que participan con un aportación notablemente inferior a la que habrían de realizar para compensar por sí solas el daño sufrido. Por tanto, cobertura recíproca o mutua es la característica específica y capital del seguro. Cobertura significa la finalidad económica del seguro. Mutua expresa la forma de explotación.

6.- Concepto y clases de contratos de seguro.-

Una vez descubierta la esencia del seguro, a través de sus fundamentos técnico-económicos, el contrato no es más que su forma jurídica.

A) Concepto dualista.- Un concepto del contrato de seguro a prima fija, se encontraba en el derogado artículo 1.791 del Código Civil: "Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes." Se advierte que este concepto se limitaba al seguro contra daños, dejando excluidos totalmente los seguros sobre las personas. El Código Civil (como ocurre con las viejas leyes) estaba bajo la influencia histórica del seguro marítimo como prototipo de todo seguro, olvidando que era forzoso desdoblarse el concepto desde que apareció la figura sobre la vida. Este desdoblamiento se encuentra ya en las leyes más modernas.

El contrato de seguro es un contrato de contenido heterogéneo, imposible de reconducir a un concepto válido para todos los posibles tipos de seguro. La peculiaridades de cada tipo son tan acusadas que no se puede hablar de un contrato único, sino de un semillero de contratos diversos, sometidos a normas jurídicas radicalmente distintas. No basta decir que asegurar a alguien contra un acontecimiento significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse el acontecimiento previsto como futuro e incierto, porque semejante contenido abarca desde la obligación condicional hasta la fianza, pasando por el seguro estricto.

La naturaleza extraordinariamente compleja del contrato de seguro, en el que, como ocurre con el arrendamiento, el contenido es sumamente diverso, induce a varios autores a renunciar a una definición. Así por ejemplo, Hagen, al tratar del concepto del seguro, habla de la inutilidad e imposibilidad de una determinación conceptual.

De los fundamentos técnico-económicos que hemos analizado, debemos retener ahora el riesgo y la incertidumbre y contentarnos con una definición basada sobre uno de esos elementos. Seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona -el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro.

La doctrina que centra el seguro sobre la traslación del riesgo desde el asegurado al asegurador es aceptable, siempre que se aclare bien su sentido. El asegurador no asume el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que asume las consecuencias económicamente perjudiciales de tales hechos para el asegurado. Esta asunción del riesgo de tener que subvenir a una futura necesidad económica, concreta o abstracta, del asegurado, constituye la prestación esencial del asegurador.

Todo seguro tiende a satisfacer una futura necesidad económica. La diferencia está en que en el seguro sobre la vida, esta pretensión o deseo no asciende a causa del contrato, sino sólo a motivo económico, mientras que en el seguro contra daños la completa reparación del daño es la causa del contrato. Por tanto, habrá que reconocer que el concepto de seguro se desdobra en seguro contra daños y seguro sobre la vida, y que este concepto dualista es el único que armoniza con la realidad de la institución, tal como se recoge en las leyes y en la doctrina clásica de los autores.

El artículo 1º de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980 define este contrato diciendo: "El contrato de seguro es aquel porque el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas." En este artículo 1º está clara la contraposición entre los seguros contra daños, cuyo objeto es la cobertura de un daño mediante su reparación, y los seguros de personas en los que no hay cobertura de un daño, sino el simple pago de un capital, de una renta o de otras prestaciones de antemano convenidas, inclinándose por la concepción dualista del seguro, la cual, en buena lógica, debió regir todo el contenido de la ley.

Pero no ha sido así, sino que quizás por un "lapsus legislatoris", el elemento de la indemnización aparece también en los seguros sobre las personas, y ello no es coherente con la definición del artículo 1º.

La ley de 1.980 dedica el Título II al seguro contra daños, incluyendo el seguro de incendios, contra el robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y el reaseguro. El Título III trata del seguro de personas, incluyendo el seguro sobre la vida, de accidentes y los de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Los conceptos y elementos comunes a todo seguro subsisten dentro de la clásica doctrina dualista (riesgo, azar, posibilidad e incertidumbre, siniestro, obligaciones recíprocas de los contratantes, etcétera). Y, dentro de esta misma doctrina, el seguro contra daños y el seguro sobre la vida se separan en lo que justamente deben separarse, a saber: en la función, que es puramente indemnitaria en el seguro contra daños y es, en cambio, de ahorro o previsión en el seguro sobre la vida.

Clasificación del seguro

B) Clasificación del contrato de seguro.- Las clasificaciones más aceptadas atienden a la naturaleza de la prestación del asegurador (seguro de indemnización, o seguro de capital o renta), o a la naturaleza del objeto afectado por el riesgo (seguro de cosas y seguro de personas).

La clasificación del seguro debe de tomar como criterio la diversa naturaleza de la prestación del asegurador, por eso Bruck los clasifica de la siguiente manera: De un lado los seguros de intereses, que corresponden a la clásica terminología del seguro contra daños y que responden al sistema de la concreta cobertura de necesidad, esto es, de la prestación del asegurador ajustada al daño realmente sufrido; y de otro, los seguros de personas en sentido estricto, que responden al sistema de la abstracta cobertura de necesidad. Esta clasificación debe completarse con un tipo intermedio, a saber, el seguro de personas impuro o en sentido amplio, en el que también la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad (seguro de enfermedad, de accidentes, de invalidez, de entierro y funeral, etc.).

En el sistema llamado de la "concreta cobertura de necesidad", el asegurador ha de realizar su prestación sólo cuando ocurra una determinada necesidad y con la extensión máxima de la necesidad realmente sentida.

En el sistema llamado de la "abstracta cobertura de necesidad" desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador. Este se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede, por tanto, ser o no equivalente a la necesidad sentida. Conforme a este sistema se explotan los llamados "seguros de personas", que la Ley del Contrato de Seguro agrupa bajo la rúbrica de "seguro sobre la vida".

Conforme al Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, de 1 de Agosto de 1.985, la autorización administrativa para ejercer la actividad aseguradora se otorgará por ramos de seguro. Con este objeto el Ministerio de Economía y Hacienda hará la clasificación de los ramos separando los correspondientes al seguro sobre la vida y los correspondientes a los demás seguros. La Orden de 7 de Septiembre de 1.987 en sus artículos 3º y 4º clasifica en ramos, los seguros distintos del de vida y sobre la vida, respectivamente:

a) Seguros distintos del de vida. Se clasifican en los siguientes ramos:

1. Accidentes.
2. Enfermedad.
3. Vehículos terrestres (distintos de los ferroviarios).
4. Vehículos ferroviarios.
5. Aeronaves.
6. Cascos de buques o embarcaciones.
7. Mercancías transportadas.
8. Incendio y eventos de la naturaleza.
9. Otros daños a los bienes.
10. Responsabilidad civil: vehículos terrestres automotores.
11. Responsabilidad civil: aeronaves.
12. Responsabilidad civil: buques y embarcaciones.
13. Responsabilidad civil general.

14. Crédito.
15. Caución.
16. Pérdidas pecuniarias diversas.
17. Defensa jurídica (prestación de dicho servicio).
18. Asistencia en viaje (prestación de dicho servicio).
19. Asistencia sanitaria (prestación de dicho servicio).
20. Decesos (prestación de los servicios fúnebres).
21. Otras prestaciones de servicios: Comprende cualquier otro seguro en el que se garantice la prestación de servicios distintos de los previstos en los ramos 17, 18, 19 y

b) Ramo de vida. Comprende todas las modalidades de seguro que cubran los riesgos sobre la vida humana, incluidas las operaciones de capitalización con sorteo y la administración de fondos de pensiones.

La clasificación de ramos de seguro que hace la Orden de 7 de Septiembre de 1.987 responde al sistema de la "concreta cobertura de necesidad", esto es, de la prestación del asegurador ajustada al daño realmente sufrido (artículo 3º) y al sistema de la "abstracta cobertura de necesidad", en que desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador (artículo 4º). Este se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede, por tanto, ser o no equivalente a la necesidad sentida.

Como podemos observar en la clasificación que hace la Orden de 7 de Septiembre de 1.987, la prestación a la que está obligado el asegurador no sólo consiste en la indemnización mediante la entrega de un capital, sino que también puede consistir en una prestación de servicios, tal y como ocurre en los ramos 17 al 21, ambos inclusive, del artículo 3º de la referida Orden.

El artículo 3 c) de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 2 de Agosto de 1.984 prohibía a las entidades aseguradoras el ejercicio de cualquier actividad o industria distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que hayan obtenido la autorización administrativa correspondiente.

Dicho precepto se recoge en el artículo 5.1 c) del Reglamento del Seguro Privado de 1 de Agosto de 1.985. Sin embargo esta prohibición afectará a la mera prestación de servicios que no sea consecuencia de la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable (art. 2.3 del Reglamento del Seguro Privado), pero no a cuando la obligación de prestación de servicios constituya el objeto de un contrato de seguro que reúna los requisitos contenidos en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro (art. 2.2 del Reglamento del Seguro Privado). El referido artículo 1 de la L.C.S. recoge entre las posibles obligaciones del asegurador, el satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones.

Por otra parte, la referida prohibición del artículo 3 c) de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, se salva con la oportuna autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, la cual se concederá siempre que no se ponga en peligro la solvencia de la entidad aseguradora (art. 5.2 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado). Dicha autorización se entiende concedida desde el mismo momento en que el Ministerio de Economía y Hacienda dicta la Orden de 7 de Septiembre de 1.987 que recoge en la clasificación de ramos de seguros: los de prestación de servicios de defensa jurídica, de asistencia en viaje, de asistencia sanitaria, de servicios fúnebres y cualquier otro seguro en el que se garantice la prestación de otros servicios distintos de los enumerados anteriormente. Además de esta Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, hay que citar las siguientes normas, actualmente vigentes: 1º Los artículos 76.a), 76.b), 76.c), 76.d), 76.e), 76.f), y 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980, conforme a la redacción dada por la Ley 21/1.990 de adaptación del Derecho Español a la Directiva 88/357/CEE, que regulan el seguro de defensa jurídica. También la Orden de 23 de Octubre de 1.982, por la que se regula el ramo de defensa jurídica. 2º La Orden de 27 de Enero de 1.988 del Ministerio de Economía y Hacienda que califica la cobertura de las prestaciones de asistencia en viaje como operación de seguro privado. Y 3º Los artículos 105 y 106 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980 que regulan el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Vemos por tanto, que el contrato de seguro consistente en la prestación de unos servicios, para el supuesto de que suceda un determinado evento posible pero incierto, que produzca una necesidad en el damnificado que pueda ser satisfecha mediante dicha prestación de servicios por el asegurador, no sólo es posible en nuestro ordenamiento, sino que además se encuentra regulado en el mismo por diversos preceptos que incluso algunos de ellos tienen el rango de ley.

La Ley 30/1996 , de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), establece en su Disposición adicional primera. los siguientes ramos de seguro :

1. En el seguro directo distinto del seguro de vida la clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios se ajustará a lo siguiente:

A. Clasificación de los riesgos por ramos.

1. Accidentes.

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de indemnización, mixta de ambos, y de cobertura de ocupantes de vehículos.

2. Enfermedad (comprendida la asistencia sanitaria).

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de reparación, y mixta de ambos.

3. Vehículos terrestres (no ferroviarios). Incluye todo daño sufrido por vehículos terrestres, sean o no automóviles, salvo los ferroviarios.

4. Vehículos ferroviarios.

5. Vehículos aéreos.

6. Vehículos marítimos, lacustres y fluviales.

7. Mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienestransportados).

8. **Incendio y elementos naturales.** Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

9 **Otros daños** a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el número 8.

10. **Responsabilidad civil** en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

11. **Responsabilidad civil en vehículos aéreos** (comprendida la responsabilidad del transportista).

12. **Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales** (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

13. **Responsabilidad civil en general.** Comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los números 10, 11 y 12.

14. **Crédito.** Comprende insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola.

15. **Caución** (directa e indirecta).

16. **Pérdidas pecuniarias diversas.** Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

17. **Defensa jurídica.**

18. **Asistencia.** Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro.

19. **Decesos.** Incluye operaciones de seguro que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando estas prestaciones se satisfagan en especie o cuando el importe de las mismas no exceda del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento.

Conforme a la LOSSP los riesgos comprendidos en un ramo no podrán ser clasificados en otro ramo, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los riesgos accesorios en la letra C

B. Denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos.

Cuando la autorización se refiera simultáneamente:

-A los ramos 1 y 2 se dará con la denominación «Accidentes y enfermedad».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 3, 7 y 10 se dará con la denominación «Seguro de automóvil».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 4, 6, 7 y 12 se dará con la denominación «Seguro marítimo y de transporte».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 5, 7 y 11 se dará con la denominación «Seguro de aviación».

-A los ramos 8 y 9 se dará con la denominación «Incendio y otros daños a los bienes».

-A los ramos 10, 11, 12 y 13 se dará con la denominación «Responsabilidad civil».

-A los ramos 14 y 15 se dará con la denominación «Crédito y caución».

-A todos los ramos se dará con la denominación «Seguros generales».

C. Riesgos accesorios. La entidad aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización de los mismos, cuando éstos estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubre el riesgo principal, siempre que para la autorización en el ramo al que pertenezca el riesgo accesorio no se requieran mayores garantías financieras previas que para el principal, salvo, en cuanto a este último requisito, que el riesgo accesorio sea el de responsabilidad civil cuya cobertura no supere los límites que reglamentariamente se determinen.

No obstante los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 no podrán ser considerados accesorios de otros ramos, salvo el ramo 17 (defensa jurídica) que, cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo anterior, podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 si el riesgo principal sólo se refiere a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente, y como riesgo accesorio del ramo 6 cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.

2. El seguro directo sobre la vida se incluirá en un solo ramo, el ramo de vida, con el ámbito de todos los ramos del seguro directo sobre la vida enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad del seguro directo sobre la vida.

A. Ambito del ramo de vida.

El ramo de vida comprenderá:

a) **Seguro sobre la vida**, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido en el de supervivencia el seguro de renta; el seguro sobre la vida con contraseguro; el seguro de «nupcialidad»; y el seguro de «natalidad». Asimismo comprende cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión.

b) Operaciones de capitalización del artículo 3.2 de la LOSSP.

c) **Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación y de gestión de operaciones tontinas.** Se entenderá por:

-Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación aquellas que supongan para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades.

También estarán comprendidas tales operaciones cuando lleven una garantía de seguro, sea sobre la conservación del capital, sea sobre la percepción de un interés mínimo. Quedan expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones, regidas por la Ley 8/1987, de 8 de junio (RCL 1987\1381), reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, que estarán reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones.

-Operaciones tontinas aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

B. Riesgos complementarios.

Las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir como riesgos complementarios los comprendidos en el ramo de accidentes y en el ramo de enfermedad, siempre que concurren los siguientes requisitos:

-Estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo.

-Se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.

-Estén garantizados en un mismo contrato con éste.

-Cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, y éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

7.- Contrato de seguro: Perfección, obligaciones de las partes y duración.⁵

7.1.- Perfección del contrato.-

La proposición del seguro. La póliza del contrato y la perfección de éste. Transmisión de los derechos de la póliza. Las cartas de garantía y los suplementos de la póliza.

7.2.- Obligaciones de las partes.-

La prima como elemento esencial del contrato. Clases de prima. Principios a los que está sometida. Pago de la prima en la Ley de contrato de seguro. Obligación de comunicar el siniestro. Obligación de comunicar el siniestro. Obligación de pagar el daño sufrido o el capital asegurado.

7.3.- Duración del contrato y prescripción.-

8.- Clausulas abusivas y condiciones generales de contratación en pólizas de seguro.-

8.1.- Relevancia de la buena fe en el contrato de seguro.-

El contrato de seguro se caracteriza por ser un:

- * Contrato bilateral.
- * Contrato consensual.
- * Contrato oneroso.

⁵ GARRIGUES, J. "Contrato de seguro terrestre", páginas 87 y siguientes.

- * Contrato aleatorio.
- * Contrato sustantivo.
- * Contrato único.
- * Contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada.
- * Contrato basado en la buena fe.

Dada las limitaciones de esta exposición, nos interesa ahora mantener nuestra atención en esta última característica de la buena fe.

La doctrina ha destacado casi unánimemente la necesidad de la concurrencia de la buena fe en las relaciones entre las partes intervinientes en el contrato de seguro. Así, recientemente PEREZ SERRABONA ("El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales") abordó este tema concluyendo que "el contrato de seguro es un contrato uberrimae bonae fidei (de una buena fe extraordinaria)" y anteriormente GARRIGUES había tratado magistralmente el tema en su obra "El contrato de seguro terrestre".

A) Normalmente, salvo en los grandes riesgos, el seguro es un contrato celebrado en masa o de adhesión, en el que el contratante se subordina a las condiciones generales de contratación contenidas en el mismo. Ello implica para el asegurador un exquisito cuidado con la observancia de la buena fe, incompatible con cláusulas oscuras o lesivas para el asegurado.

B) La buena fe funciona en el contrato de seguro, como en el resto de los contratos mercantiles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Código de Comercio: "Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas y escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones" (véanse en este sentido los artículos 1.281 y 1.289 del Código civil).

C) La buena fe en el seguro debe manifestarse:

* Antes de la contratación del riesgo. Por ejemplo, al imponer al asegurado la obligación de comunicar al asegurador los cambios y alteraciones que hayan sufrido los objetos asegurados y que aumenten los riesgos (art. 11 y 12 de la LCS).

* Durante la ejecución del contrato. Por ejemplo, el artículo 19 de la LCS establece que el asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

* Después del siniestro. Por ejemplo, el artículo 76 de la LCS prevee la posibilidad de que el asegurador repita contra el asegurado en caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

8.1.1.- La mala fe.

Es un concepto que implica una conducta en desacuerdo con el imperativo ético de obrar ética y lealmente. Todo dolo implica mala fe, pero no al contrario. Cualquier clase de mala fe probada anula el contrato de seguro; mientras que para que lo anule el dolo es necesario que sea grave (art. 1.270 del Código Civil) y causante (art. 1.269 del Código Civil), es decir, determinante del consentimiento del contratante. La mala fe es un concepto que no implica dolo, pero que presupone siempre una culpa, ya que consiste en omitir aquello que se sabe y había el deber de decir.

8.1.2.- Dolo.

Cuando el causante del daño a tercero es a su vez el propio asegurado, el asegurador no puede ejercitar la acción subrogatoria contra su asegurado. En este caso la única vía que tiene el asegurador de recobrar las cantidades satisfechas al perjudicado es la señalada en el artículo 76 de la LCS, que consagra el derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio sea debido a conducta dolosa del asegurado.

En este supuesto al asegurador le quedan muy pocas posibilidades de recobrar la indemnización previamente satisfecha, ya que la necesidad de la concurrencia de dolo (intencionalidad) del asegurado es muy difícil que se de en la práctica, aunque, ciertamente, no imposible. Pongamos, por ejemplo, el caso de aseguramiento de médicos: la mala práctica médica, normalmente, implica la concurrencia de culpa o negligencia profesional, pero no de dolo, dado que el comportamiento doloso conlleva siempre la intencionalidad maligna del causante del daño y es excepcional encontrar casos de dolo en la actuación médica. Dicho de otra manera, cuando un cirujano se deja por olvido involuntario una gasa en el interior del cuerpo del paciente, está incurriendo en culpa o negligencia profesional, pues, en suma, no tenía intención de producir ningún hecho dañoso; ahora bien, si el cirujano, consciente y deliberadamente dejó alojada la gasa en el cuerpo del paciente, en este caso, está incurriendo en dolo, porque intencionadamente ha querido causar un daño perfectamente previsible.

No analizamos aquí la diferencia que existe entre dolo civil y dolo penal, pues no es objeto de la presente exposición. Baste resaltar como el elemento común en los dos tipos de dolo es la "intencionalidad" del sujeto activo que lleva a cabo el comportamiento doloso.

8.1.3.- Consecuencias de la mala fe.

Todas ellas se traducen en la:

- * Nulidad.
- * Rescisión.
- * Paralización de los derechos contractuales.

La Ley de Contrato de Seguro emplea varios calificativos, siendo todos ellos el reverso de la buena fe:

- El artículo 10 habla de la rescisión del contrato cuando el asegurado incurrió en mala fe en su declaración del riesgo.

- El artículo 12 trata de la agravación del riesgo, que rescinde el contrato cuando cuando el asegurado ha incurrido en mala fe al no haberla notificado.

- El artículo 16 se refiere a la pérdida del derecho a indemnización cuando el asegurado, al comunicar con el asegurador, omite por dolo o culpa grave la información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.

- El artículo 32 habla de dolo cuando cuando el asegurado omite la comunicación de los demás seguros pactados por el mismo tiempo y por el mismo interés.

- Se habla de malquerencia o negligencia en el artículo 48.

- El concepto doloso aparece en el artículo 93, al referirse al suicidio, es decir, a la muerte causada dolosamente por el beneficiario.

- El artículo 100, relativo al seguro de accidentes, se habla de causa ajena a la intencionalidad del asegurado, y también en el artículo 102, cuando el asegurado provoca intencionadamente el accidente.

8.2.- Las condiciones generales en las pólizas de seguros.

DE CASTRO significó que: "se designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas que un particular ... ha establecido para fijar el contenido ... de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.

Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes" ("Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes, Cuadernos Cívitas 1.975, pág. 12).

El profesor DE CASTRO suscitó el problema fundamental relativo a los motivos para impugnar las condiciones generales:

a) El problema del consentimiento.

Realmente se consiente sobre lo conocido y lo entendido. Si las condiciones generales no han sido conocidas o entendidas por quien las suscribe, no pueden formar parte del contenido del contrato (art. 1.261 del C.c.).

Ello nos conduce a su vez al problema de la acreditación de tal extremo, es decir, de probar en el momento procesal oportuno que no se entendió o no se comprendió determinada cláusula o condición general; problema que se complica extraordinariamente al aplicar el juego de las presunciones a cada caso concreto y mucho más si se tiene en cuenta aquéll frase fulminante contenida en este tipo de condiciones, por la cual el firmante declara a cuantos efectos proceda que comprende y entiende lo que ha firmado, aunque, en realidad no sea así.

b) El problema de la libertad.

"Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador, que ha aceptado las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, sea por que todas las empresas del ramo las imponen.

Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley." (DE CASTRO, ob. cit. pág. 60)

c) El principio "contra stipulatorem".

Este principio hace cargar con el perjuicio de la obscuridad a quien la ha causado (art. 1.288 del C.c.). Ha sido sobradamente recogido por la jurisprudencia, así como por las leyes especiales para la protección de los consumidores y usuarios.

Hoy por hoy este principio parece incuestionable. La clave está, sin duda, en la apreciación o no en cada caso concreto por parte del juzgador del carácter de "clausula obscura".

d) El principio "favor debitoris".

Sobre este principio PEREZ-SERRABONA ha concluido que "dado que en numerosos contratos, como el de seguro, la posición de deudor es adoptada, en la mayor parte de las ocasiones, por la empresa organizada, por lo que el principio debe atemperarse e interpretarse restrictivamente, toda vez que, además, la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1.984 ha excluido su aplicación a ese sector." ("El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales. Ed. Comares, 1.993, pág. 332).

e) El principio "pro consumptore".

Este principio general pretende proteger al consumidor en caso de duda a la hora de interpretar y aplicar lo convenido entre las partes que intervienen en la relación contractual de aseguramiento.

Las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas aplicando el principio "in dubio pro asegurado" (ST. S. 18 de julio