
Derecho de la contratación

PID_00267277

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Navarra. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Navarra (1996-2013).

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Marian Gili Saldaña (2019)

Cuarta edición: septiembre 2019
Autoría: Eduardo Valpuesta Gastaminza
Licencia CC BY-NC-ND de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació per la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
1. Contratos traslativos del dominio.....	13
1.1. Compraventa	13
1.1.1. Concepto y caracteres	13
1.1.2. Obligaciones del vendedor	15
1.1.3. Obligaciones del comprador. Paso del riesgo	17
1.1.4. Régimen especial de la compraventa a plazos de bienes muebles	18
1.2. Donación	19
2. Contratos de arrendamiento.....	21
2.1. Régimen general	21
2.2. Arrendamientos urbanos	22
2.3. Arrendamientos rústicos	25
3. Contratos de financiación, de afianzamiento y bancarios.....	27
3.1. El mutuo o préstamo	27
3.2. El contrato de crédito al consumo	30
3.3. El contrato de <i>leasing</i>	33
3.4. El contrato de <i>factoring</i>	34
3.5. Garantías personales	34
3.5.1. La fianza	34
3.5.2. Las garantías independientes o autónomas	35
3.5.3. Las cartas de patrocinio	36
3.6. Contratos bancarios	38
3.6.1. El contrato de cuenta corriente bancaria	38
3.6.2. Tarjetas bancarias	39
3.6.3. Operaciones bancarias activas	40
3.6.4. Operaciones bancarias pasivas	42
3.6.5. Operaciones bancarias neutras	42
3.7. Contratos de crédito inmobiliario	44
4. Contratos de servicios.....	46
4.1. El contrato de servicios	46
4.2. El contrato de obra	49
4.3. El contrato de transporte	51
4.4. El contrato de depósito	53
4.5. El contrato de aparcamiento	54
5. Contratos de colaboración: intermediación y distribución....	55

5.1.	Los contratos de colaboración: planteamiento general	55
5.2.	Los contratos de intermediación	55
5.2.1.	Diferencias fundamentales entre mandato/comisión, corretaje y agencia. Contratos de intermediación y relación laboral	55
5.2.2.	La indemnización por clientela en el contrato de agencia	57
5.2.3.	Contratos de distribución	59
6.	Contratos societarios	63
6.1.	Sociedad civil. Consideraciones generales	63
6.2.	Sociedad civil profesional	64
7.	Contratos aleatorios	65
7.1.	Consideraciones generales	65
7.2.	Contrato de seguro: concepto y formalización	65
7.3.	Obligaciones generales de las partes	68
7.4.	Seguros de daños	70
7.5.	Seguros de personas	72
8.	Contratos en la <i>litis</i>	75
8.1.	La transacción	75
8.2.	El convenio arbitral	76
	Ejercicios de autoevaluación	79
	Solucionario	87
	Bibliografía	89

Introducción

La moderna contratación privada en el marco de la economía de mercado

La contratación privada moderna en derecho español podría caracterizarse fundamentalmente por la persistencia de una doble regulación, civil y mercantil, de ciertos contratos; y por realizarse en un marco de economía libre de mercado, con todo lo que ello supone.

En primer lugar, se mantiene formalmente en nuestro derecho una doble regulación de contratos civiles y mercantiles. Por razones históricas, en la codificación del siglo XIX se mantuvo en España la regulación de la actividad privada en dos códigos, civil y de comercio, dedicándose este a los “actos de comercio” y aquel a los que no tuvieran tal condición. Además, no solo existe una diferencia regulación en ciertos contratos, sino que también el Código de comercio contiene unas “Disposiciones generales sobre los contratos de comercio” (arts. 50 a 63) que constituyen, aparentemente, una regulación también específica de una teoría general de obligaciones y contratos mercantiles. Esta dualidad, como se ha remarcado desde mediados del siglo XX por nuestra doctrina, no hace sino crear problemas, pues la distinción entre los contratos civiles y los mercantiles no siempre es clara, lo cual sume al aplicador del derecho en el problema previo de determinar qué regulación es aplicable. Pero, además, la regulación de ambos códigos es sumamente parecida, con lo que no tiene sentido el esfuerzo de delimitar si luego las consecuencias son prácticamente las mismas, con algunos matices.

Actualmente se defiende la unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, creando una regulación única. De hecho, cada vez son más las materias en las que, por la vía de leyes especiales, se han creado regulaciones únicas de materias que antes se normaban por partida doble: así, el contrato de seguro, los contratos del mercado de valores, el contrato de transporte, y la situación de insolvencia del deudor (derecho concursal). Solo se mantienen con regulaciones distintas en ambos códigos los contratos de mandato/comisión, depósito, préstamo, y compraventa.

Vía de regulación única

En el ámbito del derecho europeo y del derecho del comercio internacional, hace ya tiempo que también se sigue la vía de una regulación única, que no distingue si el contrato es civil o mercantil (convención de compraventa internacional, principios comerciales internacionales –que únicamente excluyen los contratos celebrados con consumidores–, marco común de referencia, etc.). En el derecho europeo actual el camino hacia un derecho privado uniforme para todos los países comunitarios se materializa en una “Propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea”, que de hecho incluye una completa teoría general de obligaciones y contratos (sin adjetivación alguna de *civil* o *mercantil*).

Pese a lo anteriormente expresado, el anteproyecto de Código mercantil presentado en mayo de 2014 no solo mantiene la distinción de obligaciones y contratos civiles frente a

obligaciones y contratos mercantiles, sino que además amplía el ámbito de regulación de las normas y crea una verdadera “contratación mercantil especial” (arts. 411 a 418), con reglas especiales respecto a las actuales civiles en materias como la excesiva onerosidad sobrevinida o los remedios frente al incumplimiento. Esto hoy en día no solo es anacrónico, sino además altamente negativo por ahondar aún más las diferencias de regímenes en una materia que debería tener una regulación única. Este anteproyecto finalmente no fue siquiera presentado como Proyecto de Ley en las Cortes, pero muestra cuáles son las tendencias en la mente del prelegislador.

Bien es cierto que junto a esta unificación de las reglas civiles y mercantiles se ha abierto paso la existencia de una regulación específica cuando una de las partes contratantes es consumidor. Se parte para ello de que el consumidor normalmente no conoce los servicios y prestaciones que puede obtener tan bien como el empresario que los oferta (asimetría de información), y que además puede ser objeto de técnicas agresivas de comercialización o incluso de fraudes.

Por eso se crean reglas específicas que exigen una mayor información precontractual y, en ciertos casos, instauran un derecho de desistimiento.

Más que una “protección del consumidor” lo que se protege es la transparencia en la comercialización y el consentimiento consciente y libre. Estas especialidades, sin embargo, no deben configurarse como un “derecho especial” del consumidor, desgajado o contrapuesto al “derecho común”, sino como simples especialidades de ciertas obligaciones cuando una de las partes es un consumidor.

Relación con consumidores

De hecho, en la propuesta de reglamento europeo antes citada no se plantean como normativas distintas las compras con consumidores y las compras entre empresarios, sino que simplemente a las normas generales se añade alguna especialidad cuando la relación es con consumidores.

La Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios española (Texto refundido de 16 de noviembre de 2007) no debe contemplarse como configuradora o delimitadora de un derecho del consumo, sino como una compilación de normas que, en diferentes ámbitos, procuran que exista mayor transparencia y protección del consentimiento real y libre cuando se contrata con consumidores.

En segundo lugar, decíamos que la contratación privada se realiza en un marco de mercado. Así lo establece claramente el art. 38 CE al reconocer “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Como requisito esencial para que pueda hablarse de “mercado” es que exista una competencia entre los oferentes de productos y servicios, que les incentive para comercializar mejores productos en calidad o en precio. Por eso la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) resulta tan importante al prohibir tanto los acuerdos entre empresas (acuerdos colusorios) como el abuso de la empresa que haya adquirido una posición de dominio. Además, las empresas deben atraer a su clientela a través de lo que se ha llamado la “competencia basada en las propias prestaciones”; por eso la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero) prohíbe el procurarse ventajas a través del engaño, fraudes, comparaciones ilícitas, publicidad engañosa, etc. Para que los demandantes puedan identificar claramente productos y servicios, se establece una

Ejemplo

Por ejemplo, en las compras a distancia o por comercio electrónico.

regulación de los “signos distintivos” (marcas y nombres comerciales, véase Ley 17/2001, de Marcas), y para que se puedan conocer aspectos relevantes de las empresas que actúan en el mercado el Registro Mercantil hace públicos los datos más importantes (capital, administradores con cargo vigente, cuentas anuales, etc.). Todas estas instituciones, que normalmente se estudian dentro del “derecho mercantil”, buscan crear un mercado de bienes y servicios en el que impere la competencia, la transparencia y la publicidad lícita (si no, no sería verdadero mercado).

La actividad de las empresas que ofrecen productos y servicios, y de los demandantes que los adquieren (sean otras empresas o consumidores) supone toda una serie de relaciones contractuales que conforman la “contratación privada”.

Así, por ejemplo, el fabricante busca primero financiación a través del mercado de crédito o del mercado de valores (contratos bancarios, contratos del mercado de valores), y una vez obtenida, compra materias primas para elaborar un producto distinto que vende a los mayoristas (contratos de compraventa); el producto se transporta al mayorista, y de este luego al adquirente o al minorista (contrato de transporte). A su vez, para lograr la difusión y la distribución de los productos, unos u otros contratan a intermediarios que encuentren a adquirentes, o que los distribuyan (contratos de intermediación y de distribución), y realizan costosas campañas de publicidad (contratos publicitarios). Casi todas las operaciones, además, se aseguran contra los posibles riesgos que puedan acaecer (contratos de seguro). En muchos casos será preciso contar con un sistema informático que permita procesar las diversas actuaciones, realizar los pedidos, contabilizar los gastos e ingresos, etc., y si se comercializan a través de Internet habrá que organizar la página web, las comunicaciones electrónicas, etc. (contratos informáticos).

De esta forma, los diversos contratos no son relaciones inconexas, sino la forma de operar la producción y comercialización de servicios, y la regulación de las diversas relaciones jurídicas que nacen de las necesidades de las partes para cubrir todo el proceso. A los efectos de la exposición, y por puras razones didácticas, los contratos se exponen agrupándolos por el tipo de prestación, pero no hay que perder de vista que la lógica económica de los mismos solo se adquiere con una visión global.

Contratación a distancia. Contratación electrónica

La contratación a distancia siempre plantea una serie de “problemas añadidos” a los propios de cualquier contratación. Si los contratantes se hallan presentes, al pactar ambos conocen al mismo tiempo que se emite la aceptación, y normalmente se ha comprobado cual es la presencia material del bien objeto del contrato e, incluso, se ha probado el mismo si su naturaleza se presta a ello. Pero cuando no se produce esa “simultaneidad” física surgen una serie de problemas añadidos, aunque no todos ellos se plantean en cualquier caso (en la contratación telefónica, por ejemplo, sí es simultánea la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma).

- En primer lugar, y siguiendo un orden cronológico, se plantean cuestiones relativas a la procedencia y carácter de los mensajes publicitarios que se reciben. No se puede tener la seguridad de que ese mensaje ha sido emitido por la persona que, supuestamente, lo suscribe, ni tampoco existe constan-

cia de su identidad e, incluso, existencia. También puede darse una cierta equivocidad en el mensaje, no identificado exactamente como oferta, de manera que quizás pueda ser una simple *invitatio ad offerendum*.

- En segundo lugar, y ya en cuanto a la perfección del contrato, se presenta el problema relativo al momento de la perfección y al lugar (a efectos de la competencia judicial, por ejemplo).
- En tercer lugar, y en lo referente a la ejecución, surgen cuestiones relativas a la adecuación de lo ejecutado respecto de lo ofrecido, al cumplimiento de la contraprestación (v. gr., pago mediante tarjetas) y a las posibilidades de reclamación. Unido a ello, y a lo largo de todo el proceso, se plantea el problema de la confidencialidad de los mensajes y del posible aprovechamiento de los mismos por personas ajenas al proceso de contratación.

Por todo ello, existe una tendencia a regular estos temas, solucionando la mayoría de los problemas apuntados. En el ámbito del derecho comunitario se dictaron tres Directivas: la 7/97/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a contratos a distancia con consumidores; la 1999/93/CE, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; y la 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. En el derecho español, y por citarlas de forma correlativa, para transponer estas normas se han dictado: la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que reformó la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, pero cuya regulación se recoge ahora en el Texto refundido de la Ley de Consumidores (arts. 92 a 106 LGDCU); la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE); y la Ley 34/2002, de 11 de julio 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE). La regulación general de los contratos a distancia solo se realizó, en derecho comunitario, y por razones de competencia, respecto de la contratación con consumidores (y así se ha mantenido en derecho español). En cambio la regulación de aspectos del comercio electrónico tiene carácter general, independiente del carácter de los sujetos que actúen. De toda esta regulación destacaremos, a continuación, algunos de los aspectos fundamentales.

Regulación especial para servicios financieros

Aparte de estas normas generales, existen también leyes con un ámbito de regulación sectorial. Así, existe una regulación especial, constituida por la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores.

La LSSICE constituye una regulación del fenómeno de Internet, pero solo muy parcialmente del “comercio electrónico”, para el cual contiene unas pocas reglas, que no agotan la materia, en los arts. 23 a 29. La parte más relevante de la Ley establece el principio de libre prestación de servicios, indicando en su art. 8 una serie de restricciones, relativas a servicios que puedan atentar contra principios como la salvaguarda del orden público, el respeto a la dignidad

de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión u opinión, entre otros. A continuación se establecen las obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (esto es, los titulares de webs). De especial relevancia para el ámbito jurídico, sobre todo en materia de prueba, es la regla conforme a la cual los operadores de redes y otros intermediarios están obligados a retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante un plazo máximo de doce meses (véase Ley 25/2007, de 18 de octubre, que sustituye en este punto a la regulación de la LSSICE), pues de esta forma podría probarse, en ese período, que existió una comunicación electrónica entre las partes.

Servicios en Internet

La Ley establece y diferencia el régimen y la responsabilidad de los diferentes prestadores de servicios en Internet, tanto los titulares de las páginas web que ofrezcan a través de ellas bienes, servicios, información o datos de cualquier tipo, como de los intermediarios que actúan como operadores de redes, proveedores de acceso, prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, o prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (arts. 13 a 17 LSSICE). Estos intermediarios, en principio, no responden de la licitud de los contenidos que transmiten, almacenan o a los que enlazan, pues no son sus “creadores”, pero sí se les podrá ordenar por la autoridad competente que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación (art. 11 LSSICE).

Con carácter previo a la contratación, uno de los problemas más relevantes es el relativo a la identidad del oferente de productos o servicios. Para el destinatario de la información es fundamental saber que el oferente realmente existe, y contra quién y dónde puede reclamar en caso de cumplimiento defectuoso. Cuando la oferta se realiza mediante medios electrónicos, el art. 10 LSSICE exige que se pueda acceder con facilidad y de forma directa y permanente a una serie de datos del prestador de servicios. Desde otro punto de vista, cuando el oferente se halla amparado por una firma electrónica, las entidades de certificación ya han controlado su existencia real y su identidad (arts. 12 y 13 LFE).

Un aspecto bien diferente a los anteriores lo constituye el relativo a la firma electrónica, y a los medios existentes para garantizar la autenticidad y confidencialidad de los mensajes, sobre todo en el ámbito de la contratación electrónica. Es una problemática general, no ceñida solo a la fase de preparación o promoción de contratos, sino también a la de contratación y, en general, a cualquier intercambio o formulación de mensajes por vía electrónica. Técnicamente, los mensajes que se envían por este medio de comunicación son interceptables y manipulables por terceros con fines espurios, por lo que el intercambio de información no resulta seguro. Para remediar este problema existen diversos mecanismos técnicos que buscan precisamente asegurar la autenticidad y la inmodificabilidad de los mensajes, creando la llamada “firma electrónica reconocida”. Según el art. 3.4 LFE, la firma electrónica reconocida “tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. Por

otro lado, a la firma electrónica que no reúna los requisitos señalados no se le negarán efectos jurídicos con relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica (art. 3.9 LFE).

La firma electrónica reconocida

Conforme al art. 3.III LFE, firma electrónica reconocida es “la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”. A diferencia de una simple “firma electrónica”, que es “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante” (art. 3.I LFE), la “reconocida” asegura que el autor “formal” es el autor “real” del documento y que este no ha podido ser modificado por un tercero. Para lograr esto, existen unas entidades especiales que prestan los “servicios de certificación”. A estos efectos emiten “Certificados reconocidos”, en los cuales se garantiza que el titular de la “firma electrónica reconocida” ha creado una firma de esa clase y es el único que puede emitir mensajes bajo la misma. De esta manera, los potenciales destinatarios de mensajes emitidos bajo firma electrónica avanzada tienen la completa seguridad de la autenticidad de los mismos, tanto en cuanto que emitidos por el firmante como en cuanto a su posterior no modificación.

El contrato a distancia se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (arts. 1262 CC y 54 CCom). Con carácter general, el contrato se entiende celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Contratos a distancia

Existen también preceptos en las normas sobre contratos a distancia con consumidores relativos al valor del silencio. El art. 101 LGDCU expresa que la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia no puede considerarse como aceptación; en consonancia con ello, si el vendedor envía el producto sin aceptación explícita del destinatario, el receptor no está obligado a su devolución ni a pagar su precio.

En cuanto a la ejecución, la institución fundamental en este tipo de contratos, cuando se celebran con consumidores, es el derecho de desistimiento, que se concede con base en la idea de que el adquirente o contratante debe conocer concretamente las características del producto o servicio para ver si es acorde con sus gustos y necesidades. Al contratarse “a distancia” no se conoce el bien concreto, si de una adquisición se trata, hasta el momento de su recepción. Por eso se concede, como regla general, un plazo de catorce días naturales para que el adquirente pueda desistir del contrato, devolviendo el bien al proveedor sin tener que demostrar nada y sin penalización alguna (art. 102 LGDCU. Esta materia antes estaba regulada también en la ley de comercio minorista, pero la Ley 3/2014 ha modificado la regulación de la LGDCU y ha suprimido la contenida en aquella ley). El consumidor y usuario solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir estos costes (art. 108.1.2 LGDCU).

Por último, en cuanto al plazo de ejecución, el artículo 109 LGDCU lo fija en treinta días a partir del siguiente a aquel en que el consumidor haya prestado su consentimiento, salvo que las partes hayan acordado otra cosa. Si el contrato no se ejecuta por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor deberá ser informado de ello y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas abonadas; en este caso, también, si el consumidor fue

informado de esta posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad (arts. 109 a 111 LGDCU).

1. Contratos traslativos del dominio

1.1. Compraventa

1.1.1. Concepto y caracteres

Según el Código civil, la compraventa es aquel contrato por el que:

“uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

(art. 1445 CC).

El Código de Comercio no la define, limitándose a determinar cuándo una compraventa es mercantil. La Convención de Viena de 1980 añade a este concepto básico el importante matiz de que el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de las mercancías.

Así como los códigos limitan el ámbito de aplicación a este concepto, la Convención de Viena también somete a esa regulación el contrato mixto en el que existe una compraventa y una prestación de servicios accesoria:

Por ejemplo, el comprador entrega unos materiales, y el vendedor los ensambla o manufactura junto con otros (no siendo los suministrados por el vendedor la “parte sustancial” de todo lo que se ensambla), y vende el resultado final al comprador.

En esta misma línea, la propuesta de reglamento europeo incluye en su ámbito de regulación las compras *stricto sensu*; las que tengan por objeto “contenidos digitales” (tanto si se compra un programa o un contenido digital estándar como si el vendedor adapta o personaliza el programa a las necesidades del comprador); los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir; y cualquier servicio relacionado con estos (por ejemplo, mantenimiento del bien o reparación).

La regulación legal se contiene en los textos siguientes. El Código civil recoge el régimen básico, arts. 1445 a 1537. El Código de Comercio establece las especialidades de la compraventa mercantil en los arts. 325 a 348. Cuando el comprador es consumidor, resultan de aplicación preferente las normas contenidas en los arts. 114 a 127 LGDCU. Para las compraventas internacionales en las que el comprador vaya a revender la mercancía, se aplica la Convención de Viena de 1980, ratificada por España (la Convención es aplicable si ambas partes son nacionales de países que ratificaron la Convención, o si lo es uno de ellos y su derecho resulta el aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado). En el ámbito europeo existe una “Propuesta de reglamento

relativo a una normativa común de compraventa europea”, de 11 de octubre de 2011, que resulta una referencia muy útil de cuáles son las tendencias modernas en la regulación de esta figura.

Hoy en día sigue siendo relevante si la compraventa es civil o mercantil, porque las reglas de ambos códigos no siempre son iguales. Conforme al art.325 CCom, será mercantil la compra de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa. De acuerdo con esta regla, y con las excepciones contenidas en el art. 326 CCom:

a) No son mercantiles las compras hechas por consumidores, pues el consumidor no compra para revender (art. 325 CCom) y, además, expresamente las excluye el art. 326.1.º CCom. Así se recoge en las SSTs 3 mayo 1985, 18 marzo 1995, o 10 noviembre 2000. De todas formas, parte de la doctrina mercantilista defiende la mercantilidad de estas compras, por diversas razones técnicas y sociológicas.

b) No son mercantiles las ventas hechas por ganaderos, agricultores y artesanos, aunque quien compre lo haga para revender con ánimo de lucro, pues excluye la mercantilidad el art. 326.2.º y 3.º CCom, por razones históricas.

c) Parece que serán mercantiles las compras de materias primas o de bienes que se van a revender transformados en otros, o incorporados en bienes más complejos, pues se han adquirido para revenderlos transformados (art. 325 CCom).

Así, se ha considerado mercantil la compra de piezas de madera de eucalipto destinadas a ser colocadas en el suelo de viviendas que la compradora edificaba para ser vendidas (STS 12 marzo 1982); la compra de tabiques de yeso destinados al mismo fin (STS 23 marzo 1982); la compra de tejido para elaborar prendas de vestir, fabricadas para la venta (STS 19 diciembre 1984); la compra de pienso para gallinas ponedoras, cuyos huevos luego se comercializaban por el comprador (STS 24 febrero 1992); la compra de piezas de piel para la elaboración de zapatos que la compradora iba a vender (STS 5 noviembre 1993); la de betún elastómero que luego se utilizaba para asfaltar la carretera (STS 10 marzo 1994); la compra de unos “fardos”, o de unas “pacas” de tablazones, para la construcción de envases para la comercialización de la fresa (STS 6 noviembre 1999); la compra de papel para ser transformado en etiquetas y collarines (STS 15 diciembre 2005); o el contrato de suministro de pienso (cebada) para las necesidades de la adquirente (STS 23 enero 2009). Pero no siempre la jurisprudencia es acorde con esta línea mayoritaria.

d) Parece que serán civiles las compras de maquinaria o de bienes destinados a fabricar o manipular mercancías, pues tales máquinas no se revenden después y no formarán parte del producto elaborado con ellas. Así, es civil la compra de maquinaria para la molturación de aceituna y extracción de aceite, sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa (STS 7 junio 1969), o la compra de una finca para destinarla a la ubicación de las instalaciones industriales de la compradora (STSJ Cataluña 20 noviembre 1995).

La cuestión de la mercantilidad de ciertas ventas ha sido muy tratada por la jurisprudencia porque existen ciertos puntos de la regulación de ambos códigos que resultan divergentes. Así, en el caso de vicios ocultos, el plazo para que el vendedor pueda ponerlos de manifiesto al comprador es de 30 días en la compra mercantil, y de 6 meses en la civil (véanse arts. 342 CCom y 1490 CC); y en cuanto al paso del riesgo, en la compra mercantil se produce con la puesta a disposición o entrega (art. 333 CCom), mientras que en la civil, según la interpretación mayoritaria, opera desde la perfección del contrato (art. 1452 CC). De esta forma, si la reclamación por vicios ocultos se produce, por ejemplo, a los dos meses de la entrega, habrá prescrito el derecho del comprador si la compra es mercantil, pero pervive si es civil; o si la cosa se pierde por caso fortuito entre el momento de perfección del contrato y el pactado para la entrega, la pérdida será de cuenta del comprador en el caso de compra civil, y del vendedor si el contrato es mercantil. Otra diferencia radica en el plazo de reclamación del precio, que será normalmente de tres años en ventas mercantiles (art. 1967.4 CC) y de cinco años en el caso de ventas civiles (art. 1964 CC, véase STS de 13 de mayo de 2015).

1.1.2. Obligaciones del vendedor

Dentro de las obligaciones del vendedor, nos centraremos ahora en las que más problemas plantean en la práctica, que son las relativas al saneamiento. El saneamiento por evicción se plantea en los casos en los que el propietario del bien lo reclama al comprador, y le gana en juicio. Esto supone, obviamente, que el vendedor no era el verdadero propietario (pues, en tal caso, habría operado la adquisición de la propiedad por el comprador), sea de buena o mala fe, y por eso responde ante al comprador que ha sido “vencido en juicio” (“evicto”). El contenido de esa responsabilidad se contempla en el art. 1478 CC, pero es importante destacar que en el caso de ventas de mercaderías (bienes muebles destinados a la venta) en locales abiertos al público, no puede operar la evicción, ya que el art. 85 CCom en tales casos establece que la compra “causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que pudieran corresponderle contra el que los vendiere indebidamente”.

Por lo que se refiere al saneamiento por defectos del bien, los defectos que estén a la vista en el momento de la entrega de la mercancía deben ser denunciados en ese mismo instante (arts. 1484 CC y 336 CCom). En la compra mercantil, si las mercaderías se recibieron enfaradas o embaladas, el plazo para reclamar por tales defectos es de cuatro días (art. 336 CCom).

La complejidad es mayor para el saneamiento de los vicios ocultos, aquellos que no están a simple vista y que, normalmente, se manifiestan al cabo del tiempo por el uso del bien adquirido. En tales casos existen cuatro regímenes distintos, tres de ellos para las ventas sometidas al derecho español:

a) En las compraventas civiles en las que el comprador no sea consumidor, tal comprador tiene un plazo de seis meses para reclamar por el vicio (art. 1490 CC), y tendrá derecho a pedir una reducción del precio o la resolución del contrato, y además indemnización de daños y perjuicios si ha habido dolo del vendedor (art. 1486 CC).

b) En las compraventas mercantiles, el plazo para poner de manifiesto tales vicios es de tan solo 30 días (art. 342 CCom).

La jurisprudencia interpreta que en esos 30 días es preciso denunciar tal vicio, pero que cumplido este requisito, el plazo para interponer la acción es el de seis meses desde la entrega del art. 1490 CC.

c) En las ventas a consumidores (que antes hemos calificado como civiles), existe un régimen especial en los arts. 114 a 127 LGDCU.

- En primer lugar, no se habla de “vicios ocultos” sino de “conformidad” del bien, y el bien será conforme si, entre otras cosas (véase art. 116 LGDCU) se ajusta a la descripción realizada por el vendedor; y presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones del comprador y de la publicidad realizada. Como se aprecia, el rigor para el vendedor es mucho mayor, pues el producto debe ser acorde con lo que el comprador pueda “fundadamente esperar” de ese tipo de bienes.
- En segundo lugar, el plazo para reclamar por las faltas de conformidad es de dos años desde la entrega (art. 123 LGDCU. En productos de segunda mano será el pactado por las partes, pero nunca inferior a un año). Por esto suele decirse que los bienes tienen una “garantía” de dos años, en el sentido de que los defectos originarios que se manifiesten en ese tiempo dan derecho a reclamar. Esa garantía legal mínima puede ser ampliada por pacto entre las partes (véase art. 125 LGDCU, sobre la “garantía comercial adicional”).
- Por último, en los casos de falta de conformidad, el consumidor podrá optar entre la reparación o la sustitución del bien, que deberán realizarse de forma gratuita y en un plazo razonable. Si no son posibles, o si no se realizan en un plazo razonable o sin inconvenientes, el consumidor podrá elegir entre una rebaja del precio o una resolución del contrato (arts. 118 a 122 LGDCU). El ejercicio de las acciones por falta de conformidad es incompatible con el de las derivadas de los vicios ocultos (art. 117.1 LGDCU).

d) En la venta internacional sometida a la Convención de Viena no se utiliza la categoría de los vicios ocultos, sino que simplemente la “falta de conformidad” del bien se trata como un incumplimiento del contrato, y el comprador puede

exigir la reparación o sustitución del bien, o la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial, y una indemnización por daños y perjuicios (arts. 46, 50, 25 y 74 CISG).

En la práctica de los tribunales españoles es muy común que en los casos en que los defectos son especialmente relevantes, y hacen el bien totalmente inhábil para el uso normal que podría darle el adquirente, se considera que no existe “vicio oculto”, sino entrega de “cosa distinta” a lo pactado (entrega de *aliud pro alio*). En tales supuestos, para denunciar el defecto no se aplicaría el plazo de 30 días o 6 meses (según la compra sea mercantil o civil), sino el de 15 años propio del incumplimiento ordinario. Véanse, entre otras muchas, SSTS 6 abril 1989, 1 marzo 1991, 15 diciembre 2005, 22 noviembre 2010, 5 marzo 2018 o 3 octubre 2018. Cuándo existe simple vicio oculto o entrega de cosa distinta, se apreciará caso por caso.

Aunque las normas sobre saneamiento son, en principio, disponibles por las partes (arts. 1475.3 y 1485.2 CC y 345 CCom), cuando el comprador es consumidor, una cláusula no negociada individualmente que modifique el régimen legal en perjuicio del consumidor sería considerada como abusiva (art. 86.1 LGDCU). Por último, cabe señalar que con todo este régimen nada tiene que ver la regulación especial de los “productos defectuosos”, que se refiere no a productos con defectos, sino a productos “inseguros” (aunque, normalmente, la inseguridad también constituirá *per se* un defecto. Véanse arts. 128 a 149 LGDCU, y los materiales de “derecho de daños”).

1.1.3. Obligaciones del comprador. Paso del riesgo

La principal obligación del comprador es la del pago del precio pactado. Para el supuesto de pago a plazos, y si la compra no es para revender, existe un régimen especial en la Ley 28/1998, que luego se expone.

Singular relevancia alcanza la cuestión del “paso del riesgo”. En todo contrato es preciso saber cuál de las partes soporta las consecuencias gravosas en el caso de que la prestación acordada no sea posible por caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de la compraventa, si el bien objeto de la misma se pierde o estropea por razones ajenas a la voluntad de las partes, es preciso saber si el riesgo lo soporta el vendedor (que se quedará sin cosa y sin precio) o el comprador (que no obtendrá la cosa, o la adquirirá deteriorada, pero pagará el precio por entero). Obviamente, si hay dolo o negligencia de una de ellas, ella sería la responsable y no existe problema jurídico alguno de determinación.

Como se expone en los materiales de grado, la doctrina mayoritaria opina que en la compra civil el riesgo pasa al comprador desde la perfección del contrato; mientras que en la compra mercantil, tal paso se produce desde la entrega del

bien (entrega a la que equivale la “puesta a disposición” en el momento y lugar pactados). En las ventas internacionales lo más común es que las partes acepten regirse por un **incoterm**.

Los **incoterms** son reglas aprobadas por la Cámara de Comercio, ofrecidas a los comerciantes, adecuadas al tráfico internacional y con muy diversas posibilidades, y una de las cuestiones que determinan con más precisión es en qué momento pasa el riesgo de pérdida de la cosa al comprador.

Si vendedor y comprador pactan hacer la compra CIF, o FOB, ya están prefiriendo qué gastos soporta cada uno y cuándo pasa el riesgo.

1.1.4. Régimen especial de la compraventa a plazos de bienes muebles

La Ley 28/1998, de 13 julio, regula la venta a plazos de bienes muebles. Las razones de esta regulación son la defensa del comprador a plazos para consumo, que si adquiere a plazos es porque normalmente no se encuentra en una buena situación económica y puede ser más propenso a aceptar cláusulas excesivas, dada su situación de necesidad. Por eso la ley fija un régimen imperativo a favor del comprador (art. 14 LVPBM). Aunque la norma no se dicte expresamente como imbricada dentro de las leyes de protección del consumidor, no resulta aplicable cuando el comprador adquiriera para revender al público (art. 5.1 LVPMB), lo cual la reduce a adquisiciones por consumidores.

Conforme al art. 3.1 LVPMB, es venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal, y esta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses, desde la percepción del mismo. Pero también se entienden comprendidos en la norma los actos o contratos mediante los cuales se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos (si bien se excluye el arrendamiento financiero, art. 5.5). Además, la norma también regula los préstamos destinados a facilitar la adquisición de bienes muebles corporales no consumibles e identificables. Finalmente, hay que destacar que si los contratos sujetos a esta Ley se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo (véase más adelante el tratamiento de esta Ley), se regirán por la LCC, y solo supletoriamente por la LVPBM (art. 2.1 LVPBM).

El régimen de la Ley contiene normas heterogéneas, de las que resaltaremos las más relevantes. Se exige que el contrato conste por escrito (art. 6 LVPBM), con un contenido mínimo fijado en el art. 7, de forma que la falta de alguna de esas cláusulas dará lugar a que en ese aspecto se apliquen las previsiones legales (favorables al consumidor, véase art. 8 LVPBM). El comprador podrá desistir

Grupos de incoterms

En los incoterms del grupo E, el riesgo pasa desde que el vendedor pone el bien a disposición del comprador, en el momento pactado y en la propia empresa del vendedor. En los incoterms del grupo F y C, el riesgo pasa –con diversos matices– desde que el bien se entrega al porteador principal. En los incoterms del grupo D, el riesgo se transmite cuando el transportista principal entrega el bien en el sitio y lugar pactados en el país del comprador.

del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, si bien podrá haberse pactado que satisfaga en tales casos una indemnización por la eventual depreciación del bien, que no podrá exceder de la quinta parte del precio de venta al contado (art. 9.1 LVPBM). Además, una vez pasado el plazo de desistimiento, el comprador podrá anticipar los plazos pendientes, pagando la parte de principal y ahorrándose, así, los intereses no devengados, si bien también tendrá que satisfacer la comisión que se haya pactado, que tiene unos límites máximos fijados en la Ley (art. 9.3 LVPBM). Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último, el vendedor podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes o resolver, quedándose en tal caso parte de las prestaciones ya satisfechas, fijadas en el art. 10 LVPBM.

La parte en la que esta Ley se distingue de la LCC de forma más relevante es en cuanto a la regulación del registro. Las partes pueden pactar (y es usual que lo hagan) la reserva de dominio (esto es, que el comprador no adquiera la propiedad hasta el pago total de los plazos), y además la Ley establece la prohibición de disponer (el comprador se obliga a no vender hasta que satisfaga los plazos). Si el contrato se inscribe en un registro especial (el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que se integra en el Registro de Bienes Muebles) tales pactos son oponibles a terceros, con el siguiente alcance (entre otras consecuencias):

1) En caso de embargo preventivo o ejecución forzosa del bien, se sobreseerá todo procedimiento de apremio en cuanto conste la inscripción de alguna de las cláusulas citadas (art. 15.3 LVPBM).

2) Si el bien vendido con alguna de esas cláusulas se hallare en poder de persona distinta al comprador, en caso de impago de los plazos se le podrá requerir para que pague el importe reclamado o desampare el bien (art. 16.3 LVPBM).

3) En caso de concurso del comprador, no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos con pacto de reserva de dominio mientras no esté satisfecho el crédito garantizado (art. 16.5.2 LVPBM).

La Ley no entra en el tema de si la reserva de dominio o la prohibición de disponer tienen eficacia “real” (esto es, suponen que el vendedor sigue siendo propietario, o que la venta hecha por el comprador es ineficaz), o personal. Simplemente regula qué derechos tiene el vendedor en los supuestos señalados.

1.2. Donación

La donación, conforme al art. 618 CC, es “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. Consiste, por lo tanto, en la entrega de un bien sin contraprestación a cambio. Por ello la donación es el contrato gratuito por excelencia.

Nuestro Código civil es contradictorio al tratar de la donación. Por un lado, la considera un contrato que requiere oferta del donante y aceptación del donatario (art. 623 CC). De acuerdo con esto, para el paso de la propiedad del bien donado sería preciso no solo el concurso de oferta y aceptación, sino también la entrega (conforme a la “teoría del título y el modo”). En cambio, al calificar también la donación como forma de adquisición de la propiedad (art. 609 CC), parece partir de que por la mera celebración del contrato pasa esa propiedad, sin necesidad de entrega alguna. La doctrina mayoritaria considera a la donación como contrato, y por tanto hace prevalecer el primer aspecto señalado.

La donación siempre ha sido contemplada con disfavor por el ordenamiento, por cuanto es en principio extraño que una persona se desprenda de un bien a cambio de nada (puede ser en un momento de euforia, o sin haber sopesado las circunstancias). De ahí que el Código imponga una forma precisa para algunas donaciones (las de bienes inmuebles, que deben constar en escritura pública) y que prohíba que con ellas el donante empobrezca su patrimonio en perjuicio de sus acreedores o de sus herederos. En esta línea, el Código establece que el donante debe reservarse, en plena propiedad o en usufructo, los bienes necesarios para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC). Igualmente, no puede dar por vía de donación más de lo que pueda dar por testamento (art. 636 CC). Y, por último, no puede suponer un fraude de acreedores, cabiendo en tal caso la rescisión de esa donación mediante la acción revocatoria (arts. 1111 y 1291.3 CC).

Donaciones inoficiosas

En efecto, si el donante dispone de más de lo que podía en virtud de herencia la donación habrá de reducirse en el exceso. Estas donaciones se denominan “inoficiosas”. Como es conocido, una persona debe dejar en caso de muerte a ciertos parientes una cantidad determinada de todo su patrimonio, que es la llamada legítima. Si no lo hace, las disposiciones testamentarias se modificarán para adecuarlas a esa legítima. Por ello un fraude fácil a esta disposición sería realizar donaciones en vida a extraños, con lo cual a los herederos legitimarios les quedaría una pequeña parte del patrimonio. De ahí la prohibición de las donaciones inoficiosas. Si una donación es inoficiosa se reducirá en la medida necesaria; el donatario, por tanto, deberá devolver de lo recibido el valor de ese exceso.

También puede un deudor enajenar bienes con facilidad, con lo cual sus acreedores podrían encontrarse posteriormente con que no hay bienes suficientes en su patrimonio para satisfacer sus deudas. Por ello podrán rescindir las donaciones realizadas, algunas de las cuales se presumen hechas en fraude de su legítimo interés.

Por último, es de señalar que, como regla general de todo contrato, la donación es irrevocable. Sin embargo, el Código civil permite que el donante recupere los bienes en ciertos casos concretos: cuando tenga hijos, o conozca que los tenía, después de realizada la donación (art. 644 CC); cuando se incumplan las cargas o modos impuestos al donatario; y en el supuesto de ingratitud de este (art. 648 CC).

2. Contratos de arrendamiento

2.1. Régimen general

El arrendamiento de bienes es aquel contrato por el que:

“una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”

(art. 1543 CC).

Lo que se permite con él, por lo tanto, es que goce y disfrute de la cosa un no propietario de la misma, pagando a cambio un precio o renta al propietario. Es el contrato paradigmático de los que permiten el uso de un bien.

La regulación del Código civil se extiende a todos los arrendamientos de bienes muebles, así como a los arrendamientos de inmuebles no sujetos a las leyes especiales señaladas (por ejemplo, el alquiler de una finca rústica para un uso recreativo). Como obligaciones del arrendador deben reseñarse fundamentalmente las de conservar la cosa en correcto estado y las de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa.

La primera de estas obligaciones conlleva que las reparaciones necesarias (gastos necesarios) ha de realizarlas el arrendador, y que si las lleva a cabo el arrendatario, aquel debe indemnizarlas.

En cuanto a las principales obligaciones del arrendatario, son las de:

- pagar la renta fijada;
- usar la cosa como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado (art. 1555 CC); y
- responder de los deterioros o pérdidas de la cosa a no ser que pruebe que se han ocasionado sin culpa suya (art. 1563 CC).
- Además, claro está, de devolver el bien al término del arrendamiento.

En el arrendamiento hay que distinguir las figuras de la cesión del arrendamiento y del subarrendo. La cesión supone el cambio de la persona del arrendatario, y exige, como en general todo cambio de deudor, el consentimiento del acreedor (que es, en este caso, el arrendador. El Código no regula la cesión del arrendamiento, pero la doctrina entiende que cabe con ese consentimiento del arrendador). En cambio el “subarrendo” supone que el arrendatario alquila, a su vez, el bien arrendado a un tercero (que será el subarrendatario). El arrendatario actúa como arrendador del subarrendatario, y en general (aun-

Contrato de arrendamiento de bienes

Este contrato se diferencia del derecho real de usufructo. Este constituye un derecho real, ligado a la cosa, mientras que el derecho del arrendatario es un derecho personal, con todas las diferencias que ello conlleva. Además, las reglas del usufructo y las del arrendamiento son bastante distintas. Lo único común es que ambas instituciones permiten el uso por parte de un no propietario.

que hay excepciones) no existe relación jurídica ni derechos exigibles entre arrendador y subarrendatario. El arrendatario puede subarrendar si ello no está prohibido expresamente en el contrato (art. 1550 CC).

2.2. Arrendamientos urbanos

Los arrendamientos urbanos vienen siendo objeto de una regulación especial desde hace ya tiempo, y los vaivenes de política legislativa de esta legislación son realmente importantes. La regulación actual está constituida por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que ha sido modificada en diversas ocasiones (las últimas, en reformas operadas por las Leyes 4/2013 y 2/2015, el Real Decreto-ley 21/2018 y el Real Decreto-ley 7/2019).

Ley de Arrendamientos Urbanos

En efecto, la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, defendía a ultranza los derechos del arrendatario. Así, lo más llamativo era el régimen de la llamada prórroga forzosa, que consistía en que si el arrendatario lo deseaba, podía prorrogar su arrendamiento de forma indefinida, siendo además este derecho transmisible a sus herederos, e incluso a ciertos familiares en transmisiones *inter vivos*. Además, las rentas antiguas en muchos casos habían devenido por efecto de la inflación realmente ridículas (sobre todo, en los arrendamientos celebrados antes de 1956). Con tal protección, claro está, un propietario veía muy desincentivada la opción de alquilar su vivienda o su local de negocio (con lo cual la protección se volvió en contra del “protegido”: nadie quería alquilar).

Esta situación de excesivo amparo del arrendatario se modificó con el Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, que estableció un régimen de libertad en la determinación de la duración del contrato para los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor. Este cambio radical originó lo contrario a lo logrado por el régimen de 1964: el arrendatario no tenía ninguna garantía mínima de permanencia en la vivienda o local.

El Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, modificó de forma relevante la LAU en aspectos tales como la duración mínima del contrato de arrendamiento (que pasó a ser de cinco años, o de siete si el arrendador fuera persona jurídica). Pero ese Real Decreto-ley fue derogado, al no ser convalidado por el Congreso (véase la Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de enero de 2019, BOE del 24 de enero, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler), de forma que únicamente estuvo vigente poco más de un mes. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados entre el 19 de diciembre de 2018 y el 23 de enero de 2019 se regirán así por la LAU tal y como quedó redactada por dicho Real Decreto-ley, pero los posteriores a esa fecha se seguirán rigiendo por la versión de la LAU anterior a la reforma.

El 1 de marzo de 2019, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que entró en vigor el 6 de marzo. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con posterioridad al 6 de marzo se regirán por la LAU tal y como ha quedado redactada por el Real Decreto-ley 7/2019, cuyas reglas se exponen en este material. Los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley continuarán rigiéndose, según su Disposición transitoria primera, “por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en este real decreto-ley”.

La Ley distingue entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Aquel es el que recae sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y la Ley establece una serie de normas imperativas

tuitivas del arrendatario. Los demás arrendamientos urbanos (entre los que se incluye el anteriormente denominado “arrendamiento de local de negocio”) no gozan de una especial protección, y su régimen se deja al pacto de las partes.

El contrato de arrendamiento de vivienda tendrá una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica. Esto es, aunque se hubiera pactado una duración menor, llegada esta, el contrato se prorrogará automáticamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance esa duración de cinco o siete años (art. 9.1 LAU, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo, su voluntad de no renovarlo). Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más (art. 10.1 LAU).

La renta se fijará libremente, y se actualizará según lo pactado por las partes; en defecto de pacto expreso, no se aplicará revisión de rentas a los contratos (art. 18.1 LAU). En todo caso, el incremento producido como consecuencia de la actualización anual de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación porcentual experimentada por el Índice de Precios al Consumo a fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la actualización el que corresponda al último índice que estuviera publicado en la fecha de actualización del contrato (art. 18.1 LAU). Las reparaciones necesarias debe realizarlas el arrendador, y el arrendatario debe soportar la realización de obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento (art. 21 LAU).

En caso de venta de la vivienda arrendada, el arrendatario tiene un derecho de tanteo y de retracto para quedarse la vivienda en propiedad, pagando el mismo precio que pagaba el tercero que iba a adquirir el inmueble (art. 25 LAU). La cesión del derecho de arrendamiento exige consentimiento por escrito del arrendador. El subarriendo exige también consentimiento del arrendador por escrito, y además solo puede ser parcial (art. 8 LAU).

Últimamente ha cobrado importancia el proceso de desahucio de inquilinos por falta de pago. Las nuevas medidas de agilización procesal, que entraron en vigor en noviembre de 2011, hacen más acelerado y simplificado el proceso de expulsión, acortando los plazos de una manera radical, e incluso sin tener que acudir a juicio en ciertos supuestos. El desahucio por falta de pago se tramitará como juicio verbal (art. 250.1.1.º LEC). A la reclamación de desahucio puede acumularse la del pago de las rentas adeudadas (art. 437.4.3.º LEC). Admitida la demanda, el secretario judicial requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la

enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso, comparezca ante éste y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Si el demandado no hace nada de eso, el secretario dictará decreto dando por terminado el juicio, y se procederá al lanzamiento en el día y la hora fijadas (art. 440.3 LEC). De esta forma, se suprime la necesidad de vista, que solo será precisa si el demandado formula en tiempo la oposición o la enervación (véase art. 444 LEC sobre las causas que pueden fundar la oposición). Además, para poder recurrir el lanzamiento, es preciso acreditar el haber satisfecho las rentas vencidas y las que, con arreglo al contrato, debe pagar adelantadas (art. 449.1 LEC). Sobre los requisitos de enervación del desahucio, véase art. 22.4 y 5 LEC.

En contraposición, también se han dictado normas que impiden la ejecución del lanzamiento en los supuestos de vivienda habitual de personas que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad (véase la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta norma determina cuándo existe la “especial vulnerabilidad” y, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2017, establece un periodo de siete años desde la entrada en vigor de la Ley en los cuales no procederá el lanzamiento. Además, y entre otras medidas, se establecen ciertos límites a la cuantía de los intereses en préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual). Esta normativa, además, modificó el art. 557.1 LEC, entre otros, para permitir que la oposición al desahucio pueda basarse en la existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios (préstamos cuyo impago sea la causa del desahucio). Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, establece medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria; y fija medidas de acceso al alquiler de personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias. Finalmente, el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, ha incluido en el art. 441.5 LEC el deber de informar al demandado, en los casos de desahucio por falta de pago, de la posibilidad de acudir a los servicios sociales, y en su caso, de autorizar la cesión de sus datos a estos, para que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, ha establecido la obligación de comunicar, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante

un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento.

La Ley de Arrendamientos Urbanos establece un régimen de derecho transitorio para regular la legislación aplicable a los contratos de arrendamiento urbano celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

Como idea básica, los contratos celebrados con anterioridad (tanto de arrendamiento de vivienda como de local de negocio) se rigen conforme a la normativa existente en el momento de su celebración. Esto es, un contrato de alquiler de vivienda anterior a 1985 mantiene el derecho de prórroga forzosa. Sin embargo, se limitan las personas que se pueden subrogar (por ejemplo, por herencia) en los derechos del arrendatario, y se establecen unas reglas de actualización de rentas que buscan acomodar más las rentas antiguas al coste de mercado (salvo para los casos en que el arrendatario obtenga unos ingresos bajos, que cifra la propia Ley por referencia al salario mínimo interprofesional). Actualmente aún siguen produciéndose supuestos de prórroga forzosa. Véase, por ejemplo, la STS, de 11 de julio de 2014.

Por lo que se refiere al “arrendamiento para uso distinto al de vivienda”, bajo el régimen de la LAU de 1964 el arrendatario de local de negocio disfrutaba de una serie de derechos imperativos e irrenunciables: prórroga forzosa, derecho de traspaso del local sin precisar del consentimiento del propietario, etc. Actualmente, la normativa legal solo opera si las partes no la excluyen, si bien tal exclusión debe ser expresa y respecto de cada uno de los preceptos que se excluyen (art. 4.4 LAU). Cabe destacar, dentro de estas reglas excluibles, que el arrendamiento de local destinado a una actividad empresarial o profesional puede ser objeto de cesión y de subarriendo sin consentimiento del propietario, si bien debe notificársele fehacientemente y este tendrá derecho a un incremento de la renta en tales casos (art. 32 LAU); y que a la finalización del arrendamiento, el arrendatario del local de negocio tiene derecho a una indemnización en ciertos supuestos (art. 34 LAU).

2.3. Arrendamientos rústicos

La Ley de Arrendamientos Rústicos, de 26 de noviembre del 2003 (modificada por las Leyes 26/2005 y 2/2015), es la aplicable a la cesión temporal de una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta. No se exige que el arrendatario sea un profesional de la agricultura, aunque normalmente se tratará de agricultores con vocación de permanencia.

Esta norma buscaba en su redacción original, fundamentalmente, flexibilizar los arrendamientos, abandonando el criterio de defensa de la posición del arrendatario característico de la anterior Ley de 1980. Como señala su Exposición de Motivos, se pretende que las explotaciones agrarias sean cada vez de mayor extensión, y para ello se quiere facilitar y favorecer el arriendo de tierras por los propietarios no cultivadores a los profesionales de la agricultura. La duración mínima del contrato será de cinco años, con un sistema de prórro-

gas tácitas; los derechos de adquisición preferente del arrendatario se limitan a los supuestos en que este sea un profesional de la agricultura; y la cesión y subarriendo requieren el consentimiento expreso del arrendador.

3. Contratos de financiación, de afianzamiento y bancarios

3.1. El mutuo o préstamo

En el contrato de préstamo, una parte, llamada prestamista, entrega al prestatario alguna cosa no fungible para que use de ella durante un cierto tiempo y la devuelva (en este caso, el préstamo se denomina “comodato”), o dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad (denominado “mutuo” o “préstamo simple”). A continuación señalaremos algunos aspectos relevantes que se plantean actualmente en la regulación de este contrato.

Los principales problemas se plantean en materia de intereses remuneratorios, que como es conocido se pueden pactar (si no, el préstamo, tanto civil como mercantil, es gratuito) para compensar el efecto de la inflación y también para que el prestamista obtenga una ganancia por su actividad. En la actualidad es muy común que los intereses remuneratorios se pacten como “variables”, determinando que cada cierto periodo (cada mes, cada semestre, cada año, etc.) se fijará el tipo de interés de ese periodo al comenzar el mismo, y tomando como referencia un tipo de interés fijado de forma objetiva por terceras entidades, al que se añade un diferencial.

Por ejemplo, si se pacta como tipo de interés, revisable anualmente, el euribor +0,5, cada año se verá cuál es el euribor a un año fijado en ese día, y ese porcentaje, incrementado en 0,5, será el tipo de interés pagadero durante el año siguiente. El euribor es el tipo de interés al que se prestan dinero entre sí los bancos de la zona euro en un mercado “interbancario” específico, en el que solo intervienen tales entidades de crédito. Ese tipo de interés en realidad solo cubre la depreciación del dinero. Por eso se añade un diferencial (el 0,5 fijado en el ejemplo anterior), que será la ganancia “neta” del banco prestatario.

Actividad

Buscad en Internet la cotización del euribor en los últimos años, y contemplad las grandes diferencias que se han producido en tan poco tiempo, con tipos que han oscilado entre el 5% y, actualmente, tipos negativos.

En estos supuestos de interés variable, para paliar los efectos que podría tener una alteración muy alta (al alza o a la baja) del tipo de interés de referencia, cabe pactar un “derivado sobre tipos de interés”, mediante el cual se intentan mitigar los efectos de esas alteraciones elevadas. Ese derivado puede celebrarse entre las mismas partes del préstamo, pero también puede concertarlo el prestatario con un tercero, de forma independiente, para evitar que los préstamos concertados resulten excesivamente gravosos. Estos productos financieros no solo se han pactado por la banca con grandes empresarios, sino también con pequeños comerciantes, profesionales, e incluso consumidores (para estos últimos, sobre todo en préstamos hipotecarios). El propio legislador ha incentivado su contratación, pues el art. 19 de la Ley 36/2003 obliga

a las entidades financieras a informar a los clientes/deudores hipotecarios de su existencia (véase también art. 24 Orden EHA/2899/2011). La legalidad y carácter no abusivo en general (si pactada con consumidores) de este tipo de cláusulas está fuera de duda, dado que se trata de fórmulas contractuales válidas, con causa lícita, practicadas en el mercado desde hace muchos años sin problema alguno. Cuestión distinta es que estos contratos pactados mediante condiciones generales pasen el control de incorporación exigido a toda condición general, tanto porque el cliente haya tenido la oportunidad de conocer estas condiciones antes de contratar [art. 7.a) LCGC], cuanto por la claridad y sencillez en la redacción de esas cláusulas [art. 7.b) LCGC]. En este punto es importante la STS del 9 de mayo de 2103, relativa a las “cláusulas suelo”, que establece doctrina muy relevante: aunque considera tales cláusulas como un elemento esencial del negocio (sobre el que, en principio, no cabría control de abusividad), determina que si no existe claridad y transparencia en el modo de recogerse en el contrato, esta falta de transparencia hace que tales cláusulas se puedan someter al control de abusividad (y, de hecho, las considera abusivas en los tres supuestos de cláusulas contempladas en ese litigio. Sin embargo, la Sentencia no concedió eficacia retroactiva a la nulidad de la cláusula suelo, y este aspecto fue recurrido ante el TJUE, que dictaminó en STS de 21 de diciembre de 2016 que la nulidad debía ser declarada de forma retroactiva. Esta decisión ocasionó el cambio de criterio en nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 24 de febrero de 2017, o 20 de julio de 2018) y ha generado un nuevo aluvión de demandas reclamando lo pagado de más por este concepto desde el comienzo del préstamo. Por eso se dictó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, que establece un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito (véase, además, Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, que crea y regula una Comisión de seguimiento, control y evaluación de los acuerdos que se adopten). La doctrina de la abusividad por falta de transparencia ha sido reiterada en las SSTS, de 8 septiembre de 2014 o de 24 de marzo de 2015). Además, según la complejidad del producto la directiva MiFID exige que para productos complejos se realicen antes los tests precisos (véase más adelante lo dicho respecto del crédito al consumo). Por último, si estos derivados se han pactado con consumidores, podría darse un supuesto de “cláusula abusiva” (véase art. 81 LGDCU) si por los tipos fijados y las previsiones de la entidad de crédito las condiciones fijadas resultan desproporcionadas y con grave perjuicio para el consumidor.

Entre los derivados existen figuras relativamente simples, que limitan el tipo de interés a pagar. Así, en el “techo” o *cap*, se establece un tipo de interés máximo que va a pagar el cliente, sea cual sea el tipo de interés resultante de la fórmula de interés variable. El “suelo” o *floor*, fija un tipo de interés mínimo a pagar por cliente, sea cual sea el interés resultante (esto es, aunque el interés resultante esté por debajo de ese mínimo). El “collar”, “tubo” o *collar* combina ambas modalidades: fija un tipo de interés máximo y un mínimo. Si el interés resultante se halla entre ambos límites, se paga dicho interés; si está por encima del “techo”, el cliente paga el interés máximo; si se halla por debajo del “suelo”, el cliente satisface el tipo mínimo

Figuras negociales más complejas son los *swaps*. Los *swaps* (en español, “intercambio”) de intereses son acuerdos de intercambio de tipos de interés, fijando un valor nominal notional sobre el que cada una de las partes paga un interés distinto, liquidándose el contrato de forma que la parte cuyo pago es mayor satisface la diferencia a la otra. Por ejemplo, A ha obtenido prestado un millón, a mibor+2 (era la opción mejor de entre todas

las que tenía), pero quiere pagar un 4%, y realiza un *swap* con B en el sentido siguiente: A se compromete a pagar a B el 4% anual de un millón, y B se compromete a pagar a A el *mibor*+2 anual de un millón. Llegado el momento de liquidación (mensual, anual, etc.), si por ejemplo el *mibor* está al 3%, el resultado será: A tendría que pagar 4%, y B 5%, por lo que B le entrega a A el 1% de un millón. Con ese 1%, A paga a su prestamista el *mibor*+2, poniendo un 4% de su bolsillo y el 1% que recibió de B. Si el *mibor* está a 1%, A tendría que pagar 4%, y B 3%, por lo que A le entrega a B el 1% de un millón. A pagará a su prestamista el 3% (*mibor*+2) y a B el 1%, por lo tanto finalmente un 4%. Con el *swap*, A ha convertido su préstamo a interés variable en un préstamo a fijo, paga el 4% de un millón sea cual sea el *mibor* existente, combinando lo que paga y recibe de prestamista y de contratista del *swap*. A no pudo lograr un préstamo al 4% de su prestamista, pero con el *swap* obtiene lo mismo.

El tipo de interés no puede ser excesivo, pues la ley contra la usura de 1908 prohíbe el interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; el aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; o aquel en el que se supone recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. En la práctica es común que los tribunales consideren excesivo (sin calificarlo técnicamente como usurario, pero considerándolo en realidad como tal) un interés remuneratorio superior a 2,5 veces el interés legal, porque la Ley de Crédito al Consumo considera que este es el límite del interés de descubiertos pactados con consumidores (art. 20.4 LCC. Véase lo dicho en el epígrafe siguiente).

Nulidad parcial. Interés usurario e interés abusivo

En el caso de ser un interés usurario, no está claro cuáles sean las consecuencias. Parte de la doctrina defiende que el interés se tendrá por no pactado, pero el préstamo seguirá vigente. Es la llamada “nulidad parcial”, nulidad que alcanza solo a la cláusula nula, pero deja intacto el resto del contrato. Sería injusto, en efecto, que el contrato fuera nulo y el prestatario debiera devolver el dinero o bien de inmediato, pues se le estaría perjudicando. Sin embargo, en varias ocasiones el TS ha optado por la solución contraria, considerando nulo el contrato, y debiendo las partes devolver sus prestaciones (SSTS 30 diciembre 1987, o 14 julio 2009, o 25 de noviembre de 2015).

El interés, tanto el remuneratorio como el moratorio, puede ser calificado de usurario si cumple los requisitos de la Ley de usura. El interés remuneratorio, sin embargo, no podría someterse al control de abusividad (propio de las condiciones generales a las que se adhiere un consumidor), por constituir un elemento esencial del negocio; pero el interés moratorio sí, porque no es un elemento esencial, sino accidental. Así lo han decidido las SSTS, de 22 abril de 2015 y de 8 de septiembre de 2015, que consideran abusivo un interés de demora que exceda en más de dos puntos el interés legal.

En ocasiones, y especialmente cuando la empresa prestataria atraviesa una situación de dificultad económica, las partes proceden a modificar las condiciones iniciales del préstamo, a menudo incrementando la cuantía de lo prestado y ampliando el plazo de devolución y las garantías. Estos “acuerdos de refinanciación” corren el peligro de que si posteriormente la prestataria cae en concurso, sean rescindidos si fueron perjudiciales para la empresa (p. ej., porque la endeudaron más, al ampliar el montante del préstamo, o porque gravaron los bienes para garantizar la refinanciación). Por ello, para volverlos “irrescindibles” en caso de concurso el art. 71 bis LC establece una serie de requisitos, que se estudian en sede concursal (véase un supuesto de refinan-

ciación irrevocable en la STS de 15 de febrero de 2017). Pero, además, las “esperas” (aplazamientos), e incluso las “quitas” (perdón de deuda) de estos acuerdos podrán “extenderse” a los demás acreedores de pasivos financieros (entidades de crédito, obligacionistas, etc.) si se cumplen una serie de exigencias: básicamente, si el acuerdo fue aprobado por acreedores que representen una cierta mayoría (del 51, 60 u 80%, según el tipo de efectos que se quieran extender) de los pasivos financieros del deudor, y cubre ciertos requisitos de irrevocabilidad concursal (véanse las exigencias y precisiones en la disposición adicional cuarta de la ley concursal, redactada ahora por la Ley 17/2014). De esta manera, puede suceder que un acreedor financiero vea modificadas las condiciones de sus préstamos y créditos porque la mayoría del pasivo de su deudor ha llegado a un acuerdo con este para aplazar o incluso condonar parte del crédito. El principio de relatividad de los contratos queda así excepcionado, y esta facultad de homologación de hecho se ha usado cuando una empresa pasa por dificultades financieras. La homologación se tramita ante el juez de lo mercantil, que sería, en su caso, competente para conocer la declaración del concurso de acreedores del deudor.

Hay que tener en cuenta que esta homologación puede abarcar también a acreedores titulares de créditos hipotecarios o de otras garantías, en este caso si una mayoría amplia de ese pasivo garantizado (del 65 o del 80%, según los efectos) está de acuerdo en conceder la refinanciación. Además, la admisión judicial de la solicitud de homologación provoca la paralización de ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación (disposición adicional cuarta punto 5 de la ley concursal). Por último, si la sociedad o sus representantes legales, administradores o liquidadores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles, frustrando la consecución de uno de estos acuerdos, el concurso se calificará, *iuris tantum*, como culpable (art. 165.2 LC); y los socios que se hubiesen negado a tal recapitalización o emisión de valores podrán ser declarados personas afectadas por la calificación culpable (art. 172 bis.1 LC).

3.2. El contrato de crédito al consumo

Un régimen especial para los préstamos a favor de consumidores se establece en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo (LCC). Esta norma supone una trasposición de la Directiva comunitaria 2008/48/CE (esta Directiva sustituyó a una anterior, de 1987; la Ley española, por su parte, sustituye a la LCC anterior de 1995). Se parte de la idea de que cuando el préstamo se concede a un consumidor, este precisa de una defensa mayor porque por su inexperiencia, su falta de información y su posible necesidad de dinero puede haber aceptado condiciones o cláusulas no muy favorables. Por eso la Ley establece una serie de reglas que buscan defender al consumidor, quedando claras cuáles son las condiciones pactadas y otorgándole unos derechos mínimos. Las normas son imperativas, y los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en la Ley (art. 5.1 LCC).

El ámbito objetivo de la Ley abarca todo contrato por el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1.1 LCC). Desde el punto de vista subjetivo, solo

se aplica a préstamos a consumidor, entendiendo por tal la persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (art. 1.2 LCC).

Observación

Como se recordará, cuando estos contratos caigan también bajo la aplicación de la LVPBM, será de aplicación la LCC (art. 2.1 LVPBM).

Para el art. 3 LGDCU, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; y las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

La actual LCC remarca la obligación del banco de informar previamente al cliente de las características fundamentales del contrato. Por ello exige un contenido mínimo en la publicidad de este tipo de contratos (art. 9 LCC), así como una información previa a la contratación con un contenido igualmente mínimo (arts. 8, 10 12 y 13 LCC). Además, los prestamistas, y en su caso los intermediarios de crédito, facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera (art. 10 LCC). Por último, es relevante la obligación que tiene el banco de evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito (art. 14 LCC). De esta forma, y en línea con el paquete de normativa MiFID y con el art. 5 de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, se exige a las entidades de crédito que solo concedan crédito a las personas solventes.

El contrato debe constar por escrito, y contener además una serie de menciones mínimas (art. 16 LCC). Con esta exigencia se pretende que queden claras cuáles son las obligaciones de las partes en los aspectos esenciales. Si no se cumple la forma escrita el contrato es anulable; y si falta alguna de las menciones mínimas el contrato sigue vigente, y la Ley va estableciendo qué debe entenderse pactado –normalmente, condiciones gravosas para el prestamista– en cada caso (art. 21 LCC).

Dentro de la regulación de muy diversos aspectos que realiza la Ley, para lo cual remitimos a su lectura, cabe destacar los siguientes.

a) Se puede establecer la modificación del coste total del crédito (los comúnmente denominados “intereses variables”), pero para ello debe existir acuerdo formalizado por escrito, y la variación del coste se ajustará a la de un índice de referencia objetivo, debiendo fijarse además el diferencial que se aplicará, en su caso, a tal índice (art. 22 LCC. Véase lo dicho en el epígrafe anterior).

b) El consumidor podrá poner fin gratuitamente y en cualquier momento a un contrato de crédito de duración indefinida (art. 27 LCC), pero además podrá desistir del contrato en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna (art. 28 LCC).

c) Los “contratos de crédito vinculados” son aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. Lo relevante es que, en estos casos, si el consumidor desiste del contrato de suministro, deja de estar obligado al pago del crédito; y además, podrá ejercer también contra el acreditante los derechos que podría ejercer contra el proveedor de bienes o servicios (art. 29 LCC).

Observación

Esta regla es la última formulación de la evolución que ha sufrido esta cuestión en la legislación comunitaria y española. Cuando existe una vinculación entre el proveedor de bienes y servicios y el acreditante y ambos contratos (de provisión y de crédito) forman una unidad comercial desde un punto de vista objetivo (expresión bastante críptica, cuyo sentido no aclara la LCC, pero sí la Directiva en su art. 3.n), lo lógico es que el consumidor pueda negarse a pagar el crédito si la provisión no se realizó, o se realizó de forma defectuosa. En España el “caso Opening” fue el exponente de la aplicación de esta regla, con resultados no siempre iguales para todos los perjudicados). Véase recientemente un supuesto de contrato vinculado en la STS de 24 de noviembre de 2016.

Actividad

Buscad información sobre el “caso Opening” y contemplad qué diversas soluciones se dieron a los consumidores afectados según cuál fuera la relación existente (o inexistente) entre la academia de idiomas y la entidad acreditante.

d) El consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial, el crédito, ahorrándose así los intereses y costes asociados al importe que se reembolsa, si bien es posible que tenga que compensar al prestamista pagándole una compensación cuyos límites y forma de determinación fija la Ley (art. 30 LCC).

e) De excepcional importancia práctica ha sido la regla que regula los “descubiertos tácitos”, esto es, los supuestos en los que el banco permite al cliente realizar pagos cuando no hay fondos suficientes en la cuenta, causando así un descubierto. A tales descubiertos se aplica parcialmente la Ley, que establece concretamente que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 20.4 LCC). Esta regla no es solo relevante por lo que dice, sino sobre todo porque parte de la jurisprudencia menor (la de las audiencias provinciales) ha tomado este límite como una especie de “referente” o “modelo” de lo que el legislador considera un interés “excesivo” (o incluso usurario).

f) En la publicidad, en la información y en el contrato debe hacerse constar, de forma expresa, cuál es el “coste total del crédito”, que se traduce en la tasa anual equivalente o TAE, que iguala sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos existentes o futuros asumidos por el prestamista y por el consumidor (art. 32).

En un préstamo con un interés del 7%, si la TAE es de un 8,5%, quiere decir que el cliente lo que realmente acaba pagando al año es un 8,5% del capital, teniendo en cuenta que se haya pactado una “capitalización” de los intereses vencidos, que existan otros gastos además del interés, etc.

3.3. El contrato de *leasing*

El *leasing* o “arrendamiento financiero” es una fórmula de financiación muy extendida. Se trata de una operación, a medio o largo plazo en la que intervienen tres sujetos: el fabricante de un bien, la empresa *leasing* y el usuario del bien. En el supuesto normal, el usuario (que necesita usar el bien, pero no puede o no quiere adquirirlo) ordena a la empresa *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pagando una renta en los plazos pactados. Al cabo del plazo fijado, el usuario puede prorrogar el contrato, darlo por terminado, o comprar el bien por el llamado “precio residual”, que suele ser muy pequeño. De esta forma, el usuario puede utilizar el bien pagando una renta periódica; y la empresa *leasing* obtiene la ganancia por la diferencia entre el precio del bien y la cuantía total de los plazos pagados. Una cierta regulación de este negocio, pero desde luego nada completa, se contiene en la disposición adicional tercera de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (Ley 10/2014), conforme a la cual:

“Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”.

Aparte de lo destacado en los materiales de grado, hay que señalar que en caso de concurso del usuario, el bien dado en *leasing* no entraría a formar parte de la masa concursal (art. 80 LConcursal), pues sigue siendo de propiedad de la empresa *leasing*. Cuestión distinta es que el concursado mantendrá su derecho a usar el bien si está al corriente del pago de las cuotas, y si continúa su actividad empresarial pese a la declaración de concurso (arts. 44 y 61 LConcursal). En el caso de que haya cuotas impagadas, además, el crédito de la compañía *leasing* por este concepto es un crédito con privilegio especial (véase art. 90.1.4.º LC). La jurisprudencia ha considerado que cuando el contrato de arrendamiento financiero establece que la empresa de *leasing* ha cumplido todas sus obligaciones, se le aplica el apartado primero del art. 61, y no el apartado segundo, y

por ello las cuotas posteriores a la declaración son créditos concursales privilegiados, y no contra la masa, SSTs, de 19 de febrero de 2013, 12 de noviembre de 2014, o 12 de septiembre de 2015, entre otras muchas).

3.4. El contrato de *factoring*

El contrato de *factoring*, como se señala en el material de grado, es un contrato atípico por el que un empresario encomienda a la empresa *factoring* que se encargue del cobro de todos o algunos de sus créditos. La empresa *factoring* puede, simplemente, gestionar el pago al vencimiento; pero también puede anticipar el dinero, e incluso asumir el no pago del mismo por el deudor cedido. Estas diversas modalidades hacen que en cada caso la figura se asimile más a una simple “comisión” (encargo de realizar una operación de cobro), a una comisión en garantía (si la empresa *factoring* asume el riesgo de impago), o a una financiación (si la empresa *factoring* anticipa). En estos contratos el cliente principal “cede” los créditos a la empresa *factoring*, notificándose esto al deudor cedido para que conozca que su nuevo acreedor es esta última.

Pese a la atipicidad general del contrato, existen algunas normas dispersas que regulan ciertos aspectos parciales de este negocio. El art. 218 del RDLegislativo 3/2011, de la Ley de Contratos del Sector Público, admite la cesión de los derechos de cobro de los contratistas de la Administración pública. De esta forma tales contratistas pueden “descontar” (sobre el contrato de descuento bancario véase más adelante) o encomendar la gestión de cobro de los créditos a las empresas *factoring*. Asimismo, se le aplica lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 5 de enero de sobre Entidades de Capital-Riesgo y, en concreto, su disposición adicional 3.ª referida a “determinadas cesiones de créditos” empresariales. Las cesiones de crédito a las que se refiere la norma (que está pensando en las realizadas mediante contratos de *factoring*) tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración, siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los arts. 1218 y 1227 CC o por cualquier otro medio admitido en derecho. En caso de concurso del cedente serán rescindibles de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71 LC, pero en caso de concurso del deudor cedido, los pagos realizados por este al cesionario no estarán sujetos a tal rescisión, salvo en algunos supuestos.

3.5. Garantías personales

3.5.1. La fianza

Según reza el art. 1822 CC, “Por la fianza se obliga uno a pagar o a cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este”. La fianza se muestra, así, como una obligación accesoria o dependiente de una deuda principal, cuyo pago se garantiza o asegura por un nuevo patrimonio, el del fiador. Tal accesoriidad

supone que la fianza garantiza una obligación concreta, y sigue las vicisitudes de dicha obligación, como si estuviera unida a ella de forma indisoluble. El fiador que pague tiene derecho a repetir el pago contra el deudor afianzado.

Aparte de lo expuesto en los materiales de grado, resulta importante qué efectos tiene la declaración de concurso del deudor afianzado. Un primer efecto automático es la eliminación del beneficio de excusión, conforme al art. 1831.3.º CC. Ello no implica, sin embargo, que el fiador deba responder de inmediato, pues habrá que esperar al vencimiento de la obligación garantizada y a su impago (la declaración de concurso no supone el vencimiento de las deudas; sí lo supone la apertura de la fase de liquidación, art. 146 LC). Como el fiador puede que se convierta en acreedor del concursado, si paga la deuda garantizada, puede insinuar su crédito como condicional (art. 87.3 LC). Además, si satisface la deuda, podrá subrogarse en el crédito ya reconocido del acreedor principal (arts. 1839 CC y 87.6 LC).

La Ley Concursal establece, además, dos reglas específicas para el supuesto de fianza. La primera de ellas se contiene en el art. 87.6, conforme al cual:

“Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”.

Esto implica que si, por ejemplo, el fiador es socio mayoritario del concursado (y, por lo tanto, persona especialmente relacionada con él, art. 92.5 y 93 LC), el crédito del acreedor se reconocerá como correspondiente; y si el fiador paga al acreedor, y se subroga en el crédito, este se “re-calificará” como subordinado.

La segunda regla específica se recoge en el art. 135 LC. Conforme al mismo, si existe un convenio, pero el acreedor no vota a favor del mismo, ese convenio no afecta a la obligación del fiador (así, las posibles quitas o esperas no se aplican al fiador, que seguirá obligado en los términos de la fianza); si, en cambio, el acreedor votó a favor, entonces puede que lo acordado en el convenio se extienda al fiador, que verá así reducida su obligación –si existió quita– o extinguida la fianza –si hubo espera, por aplicación del art. 1851 CC, salvo que exista consentimiento del fiador a esa prórroga.

3.5.2. Las garantías independientes o autónomas

Las garantías independientes son obligaciones de pago asumidas por el garante en las que este afirma que pagará con total independencia de las vicisitudes del negocio subyacente.

Garante y beneficiario conocen, por supuesto, que existe una deuda subyacente entre beneficiario y garantizado (la cual determina el importe y plazo de la garantía, entre otras cosas), pero establecen que el pago del garante se realizara a petición del beneficiario, y sin poder hacer jugar las excepciones que se de-

rivan del negocio subyacente. Estas garantías, por lo tanto, se caracterizan por su autonomía o independencia respecto de esa relación (véanse recientemente SSTs de 19 de mayo de 2016 o de 2 de junio de 2017). Como consecuencia de ello, el garante pagará “en cuanto se lo exijan”, y esto hace que el pago se produzca “a primera demanda” o “a primer requerimiento”. Por eso estas garantías también se denominan, a menudo, garantías a primera demanda, pero este aspecto es más una consecuencia del elemento que define estas garantías.

La garantía autónoma

Por supuesto, la garantía autónoma se presta al fraude del beneficiario, que puede que ejercite la reclamación sin antes haber intentado el pago del deudor, o a pesar de que el negocio subyacente haya sido anulado o resuelto. Pero ese “uso abusivo” ni resultará a la postre útil para el beneficiario (que se verá obligado a devolver el dinero y pagar daños y perjuicios) ni contrarresta los beneficios de la figura cuando se utiliza de forma adecuada. De todas formas, tanto alguno de los textos internacionales como la doctrina y la jurisprudencia admiten la oponibilidad de la *exceptio doli*, en el sentido de que el garante sí podrá negarse a pagar si conoce, y demuestra, que la reclamación del beneficiario es absolutamente abusiva, porque ya cobró o porque no realizó la prestación pactada por el deudor. Nuestro Tribunal Supremo a veces ha permitido un juego excesivo de esta excepción (véase, por ejemplo, STS, de 1 de octubre de 2007), ya que llevada a su extremo supone la “causalización” de la garantía, y la pérdida de su ventaja frente a la fianza clásica.

3.5.3. Las cartas de patrocinio

Las cartas de patrocinio se caracterizan en la práctica por ser documentos (“cartas”) que se envían a una entidad (normalmente, una entidad de crédito) que está estudiando conceder crédito a una empresa, o que la viene apoyando financieramente. El emisor de la carta es normalmente, la sociedad madre de esta empresa, o un socio mayoritario, y tiene por objeto “patrocinar” a la empresa necesitada de fondos, presentarla, apoyarla, manifestar que se confía en que responderá plenamente a la confianza (y a los créditos) que en ella se deposite. Las cartas suelen tener un contenido común, y luego diferenciarse en cuanto al grado de apoyo. El contenido común suele consistir en la presentación del emisor como sociedad madre, o socio mayoritario, de la empresa; y en manifestar que se confía en su situación económica y en el cumplimiento de sus obligaciones. A partir de ahí, el emisor:

- a) Bien se limita a esa presentación de la actividad de la acreditada, sin mayores precisiones y sin asumir compromiso alguno, de pagar ni de hacer.
- b) Bien asume compromisos concretos, que pueden ser de pagar si no lo hace la patrocinada, u obligaciones de hacer (de proveer de fondos o de asistencia financiera a la patrocinada para que pague, de suscribir aumentos de capital, etc.). El abanico de posibilidades es tan amplio que dependerá de cada caso determinar si la emisora de la carta se comprometió a algo, y en tal caso, a qué.

Estrategia procesal

Determina si la emisora de las siguientes cartas asume algún tipo de obligación.

1. Carta de un banco en la que saliendo al paso de “ciertos rumores extendidos acerca del apoyo financiero de A. S.” hace saber a la ahora recurrente que dicha entidad bancaria “controla directa o indirectamente la absoluta mayoría de las acciones”, y “sostiene sus

necesidades económicas, incluyendo la adquisición de dos aviones”, por lo cual “el Banco cree firmemente en el futuro de A. S.” e incluso “ha aprobado un aumento del capital social de esta en 300 millones de pesetas””. Véase STS, de 16 de diciembre de 1985.

2. “Muy Sres. nuestros: En relación con la solicitud de la cuenta de crédito que por importe de 20.000.000 de ptas. (veinte millones pesetas) les fue solicitado a ustedes por la empresa “C. I., S. A.”, les comunicamos que poseemos el 100% del capital de la misma. Con respecto a la mencionada cuenta de crédito, les comunicamos que si “C. I., S. A.” tuviera problemas en devolverlo a su vencimiento, procederíamos a ampliar capital hasta el importe de dicho crédito para poder hacer frente a tal compromiso”. Véase STS, de 30 de junio de 2005.

3. “Quiero dejar constancia del conocimiento por mi parte del otorgamiento de un préstamo a S., S. A. por un importe de pesetas trescientos millones, por parte de esa entidad bancaria. S., S. A. es una compañía en donde yo mismo y mi grupo empresarial ostentamos una posición de mayoría absoluta en el capital de la misma y tenemos interés de que la citada operación se resuelva con toda normalidad. En el caso de que contempláramos la posibilidad de desprendernos de nuestra posición mayoritaria en S., S. A. nos comprometemos a informarles y a estudiar con ustedes las medidas pertinentes para que dicha operación crediticia pudiera llegar a feliz término. Y en cualquier caso, pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin”. Véase STS, de 13 de febrero de 2007.

4. “Tenemos una participación del 48% en la citada firma, y seguimos muy de cerca las actividades de la misma. Por la presente nos comprometemos a mantener nuestra participación como mínimo en la citada firma, no solo hasta la fecha de vencimiento de la operación de financiación que el banco le concede, sino hasta la total cancelación de las deudas que por cualquier concepto, se pudieran haber derivado como consecuencia de las operaciones crediticias otorgadas por su entidad. No obstante lo anterior, si decidiéramos variar nuestra participación en la firma, nos comprometemos a comunicar al banco, con carácter previo, dicha variación, a fin de que nos comuniquen su conformidad expresa. En el caso de que el banco no preste dicha conformidad, nos comprometemos a abonar la totalidad de las obligaciones de pago pendientes, a cargo de la firma S., S. L., previamente a variar nuestra participación. Les confirmamos por la presente que haremos todos los esfuerzos necesarios para que la firma S., S. L. disponga en todo momento de medios financieros que le permitan hacer frente a sus compromisos alcanzados con ustedes, por los créditos que le concedan. Caso de que nuestra entidad participada fuese por cualquier razón incapaz de hacer frente a sus obligaciones respecto a su banco, en virtud de la obligación financiera detallada en el párrafo primero, nosotros prestaremos a la misma todos los recursos necesarios de tipo financiero, técnico o de otra clase, que le permitan cumplir satisfactoriamente sus compromisos, tanto en lo que se refiere a nominal, intereses, costas y todos los gastos que conllevaran la presente operación”. Véase STS, de 18 de marzo de 2009.

5. “Hemos sido informados y tenemos conocimiento que ustedes tienen en estudio la concesión de una financiación por un importe total de euros 1.500.000 (en adelante la «Financiación») a la sociedad MEI, S.L., con domicilio en c/ ****, Madrid, compañía que controlamos y gestionamos al ser accionistas de ellas y, en consecuencia, pertenecer a nuestro grupo. Asimismo, sabemos que es causa determinante para la concesión de la Financiación la suscripción de esta carta de patrocinio por nuestra sociedad. Además, declaramos conocer todos los términos, derechos y obligaciones a contraer por las partes en la Financiación, a todo lo cual prestamos nuestra entera conformidad. Les confirmamos que la sociedad CGGE es propietaria de un 9,22% del capital desembolsado de 9.000.000 euros y no tiene intención de reducir dicha participación hasta tanto nuestra filial cancele todas las obligaciones contraídas con Uds. En cualquier caso, nos comprometemos a solicitar al menos con un mes de antelación, su previo consentimiento por escrito a cualquier modificación accionarial en MEI, S.L., y en caso de que tal hiciera referencia a una enajenación total o parcial por la que perdiéramos el control efectivo sobre la misma, nos obligamos, como condición previa a su consentimiento, al otorgamiento de garantía suficiente en aquellos términos que sea de su agrado. Nos comprometemos, de forma irrevocable, a asegurar a la sociedad MEI, S.L. nuestra completa asistencia financiera de acuerdo con la participación que tenemos en la misma, adoptando las medidas necesarias para asegurar que esta cumpla puntualmente las obligaciones contraídas con su entidad, bien sea mediante la transferencia de fondos necesaria a favor de la misma, o bien realizando cualesquiera otras acciones que produzcan el mismo efecto. Este compromiso permanecerá en vigor hasta que nuestra filial cancele todas las obligaciones contraídas con Uds. Asimismo, nos comprometemos de forma irrevocable a que las obligaciones contraídas, o aquellas que pudiera contraer con ustedes en un futuro nuestra filial tendrán prioridad de cobro sobre nuestros créditos frente a la misma”. Véase STS, de 27 de junio de 2016.

3.6. Contratos bancarios

El régimen administrativo de las entidades de crédito se recoge actualmente en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (en adelante, LOSSCE), que fija sus requisitos organizativos y los “colchones” de solvencia (todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento UE 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión). Conforme a su art. 1.1 son entidades de crédito “las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”.

A partir de 2008 las cajas de ahorro han sufrido severos cambios en su organización, que han finalizado en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre. Conforme a esta Ley, la actividad de las cajas se orientará principalmente a servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pymes, y normalmente su ámbito de actuación no excederá el territorio de una comunidad autónoma. Actualmente, solo dos cajas se mantienen como entidades individuales (las de Ontinyent y Pollença), y el resto se han integrado en SIP o fusionado.

En los últimos años los cambios operados en la normativa de entidades de crédito han sido muchos y de gran calado, y requieren sobre todo una mayor solvencia y una evaluación proporcional mucho más rigurosa de los riesgos asumidos por las entidades. La exigencia de una serie de “colchones de capital” (esto es, de *ratios* entre los recursos propios de las entidades y el riesgo asumido en sus operaciones de activo) viene impuesta por la normativa comunitaria (actualmente, el citado Reglamento UE 575/2013) y recogida en los arts. 43 a 49 LOSSCE. La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión (LRREC) es la que regula la actuación cuando una entidad de crédito está en riesgo de insolvencia o en situación actual de insolvencia.

3.6.1. El contrato de cuenta corriente bancaria

El contrato de cuenta corriente es aquel mediante el cual el cliente de una entidad de crédito y esta convienen que la entidad atenderá las órdenes de pago y de domiciliación de ingresos que determine el cliente, y que los flujos dinerarios generados por estos pagos e ingresos se anoten mediante un sistema contable de adeudo y abono, determinando en cada momento el saldo exigible. El contenido fundamental del contrato es, de esta forma, doble. Por un lado, el cliente obtiene el llamado “servicio de caja”, esto es, la posibilidad de disponer del dinero existente en la cuenta mediante muy diversos mecanismos de pago (cheques, transferencias, tarjetas bancarias, domiciliación de pagos, etc.), así como de realizar ingresos también por diversas maneras (pagos realizados por terceros y domiciliados en la cuenta, ingresos del titular, etc.). Y, por otro, esos pagos e ingresos se anotan mediante una “técnica contable” de adeudos y abonos, determinando un saldo a favor de una de las partes negociales. La cuenta corriente resulta, así, un negocio puramente instrumental, una forma de disponer del dinero sin tener que movilizarlo físicamente. A su vez, existirá otra operación bancaria, esta sí, sustantiva, que justificará la existencia de los fondos de la cuenta.

Hasta el año 2009, la cuenta corriente era un contrato atípico, pero la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP) ha supuesto una regulación parcial de la misma. Desde luego, no es una norma que se refiera de forma principal al contrato de cuenta corriente, al cual ni siquiera menciona con ese nombre ni una sola vez. Pero la regulación que realiza de los diversos sistemas de servicios de pago, y en especial de los “contratos marco de servicios de pago”, tiene como ejemplo más claro de aplicación práctica el contrato

de cuenta corriente. La Ley 16/2009 ha sido derogada y sustituida por el Real Decreto-ley 19/2018, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, que en parte reitera el sentido de la anterior regulación. En esta materia también es relevante el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones.

Los servicios de pago

La mayoría de los servicios de pago constituyen las operaciones ordinarias que suponen el servicio de caja completo de la cuenta corriente ordinaria: la gestión de pagos, fundamentalmente el cumplimiento de órdenes de pago realizadas mediante domiciliación de recibos, transferencias y tarjetas bancarias. El Real Decreto-ley 19/2018 se refiere en varios preceptos al “contrato marco” de servicios de pago, que se define como “un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas, y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones para ello” (art. 3.9). A su vez, “cuenta de pago” es “una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago” (art. 3.11). El paradigma de este contrato sería la apertura de una cuenta corriente, y la correspondiente asunción de la obligación de cumplir con las órdenes de pago. Aunque no es obligatorio abrir una cuenta de pago, huelga decir que en la inmensa mayoría de los supuestos las órdenes de pago se instrumentan dentro de un contrato de cuenta corriente

El Real Decreto-ley 19/2018 regula muchos de los aspectos contractuales de los servicios bancarios de pago. La mayor parte de esta regulación es común a cualquiera de los servicios de pago que se utilicen (fechas de valoración, información previa, etc.). Concretamente, el Real Decreto-ley 19/2018 regula los requisitos de transparencia de las condiciones y de la información aplicables a los servicios de pago (art. 29. Véase el desarrollo realizado por la Orden EHA/1608/2010), que debe considerarse vigente en la medida en que no se oponga a las normas del Real Decreto-ley); la modificación y la resolución del contrato de cuenta corriente (arts. 32 y 33); la autorización de operaciones de pago (arts. 36 a 49); y la ejecución de órdenes de pago (arts. 50 a 64).

3.6.2. Tarjetas bancarias

Las tarjetas bancarias, son, simplemente, unos documentos de plástico en los que viene plasmada la identidad del titular y la numeración propia de la tarjeta, y que llevan incorporada una banda magnética en la que van anotándose las diversas operaciones que se realizan, propias del servicio de caja de la cuenta corriente a la que se vincula la tarjeta. No son títulos-valor propiamente dichos, pues carecen de varios de los datos característicos de estos (transmisibilidad, autonomía, literalidad, etc.). Simplemente, se trata de documentos que permiten el uso de ciertas prestaciones del servicio de caja y, especialmente, el pago de la adquisición de bienes. En buena medida “sustituyen” o, más bien, “equivalen” al dinero.

Uno de los aspectos fundamentales en las tarjetas bancarias para lograr la confianza del cliente es regular adecuadamente las consecuencias de la pérdida o sustracción de la tarjeta (la norma se refiere a pérdidas o sustracción de “instrumentos de pago”, y los más comunes son las tarjetas, o también los talones o cheques). El art. 46.1 del Real Decreto-ley 19/2018 establece tres grupos de

supuestos para las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado, sustraído o apropiado indebidamente por un tercero:

a) El ordenante no soportará coste alguno si no le resultara posible detectar la pérdida, la sustracción o la apropiación indebida de un instrumento de pago antes de un pago, salvo cuando el propio ordenante haya actuado fraudulentamente; o la pérdida se debiera a la acción o inacción de empleados o de cualquier agente, sucursal o entidad de un proveedor de servicios de pago al que se hayan externalizado actividades; o cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos de pago impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad y haya notificado dicha circunstancia sin demora.

b) El ordenante soportará todas las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas si ha incurrido en tales pérdidas por haber actuado de manera fraudulenta o por haber incumplido, deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que establece el artículo 41.

c) En los demás supuestos, el ordenante podrá quedar obligado a soportar hasta un máximo de 50 euros.

De esta manera, en definitiva, se limita con carácter general la pérdida por estos supuestos a 50 euros, y se exonera al cliente en una serie de casos; pero si ha existido fraude, o incumplimiento deliberado o por negligencia grave de la obligación de custodia y de guarda del instrumento de pago o de las claves de pago, el cliente soportará todos los gastos realizados.

3.6.3. Operaciones bancarias activas

En esta materia nos remitimos a los materiales de grado, a los que añadimos simplemente algunas precisiones.

Dentro de las operaciones activas, han planteado muchos problemas los contratos de *swap* (sobre esta figura, véase lo dicho anteriormente) celebrados con consumidores, en muchos casos negociados conjuntamente con un préstamo hipotecario. La caída del euribor ha ocasionado que en virtud de los *swap* los clientes se hayan visto obligados a pagar cantidades importantes (pues a menudo recibían del banco el euribor, y el cliente pagaba un interés fijo). Cuando las cláusulas del *swap* no son claras, o resultan ambiguas o contradictorias, la defensa del cliente radicará en que no se encuentran “incorporadas” al contrato (véase art. 7 LCGC). Si son claras y comprensibles, entonces a menudo se alega que resultan abusivas si el banco podía conocer, según sus previsiones de evolución de los tipos de interés, que el *swap* pactado con esos tipos iba a resultarle siempre favorable (supondría una cláusula contraria a buena fe y

en perjuicio del consumidor, véase el concepto de cláusula abusiva). De todas formas, la fórmula que más éxito ha tenido ha sido la de solicitar la anulación del contrato por error en el consentimiento (véase, por ejemplo, recientemente STS de 13 de septiembre de 2018), con independencia de otros argumentos más relacionados con el carácter de condiciones generales de estas cláusulas.

Estrategia procesal

Leed las STS de 9 de mayo de 2013, y el ATS de 3 de junio de 2013 que la aclaró, las SSTS, de 8 de septiembre de 2014 y de 24 de marzo de 2015, y comprobad en qué casos podrá argumentarse que un derivado sobre tipos de interés (en el caso tratado en la sentencia, una "cláusula suelo") se considera abusivo por falta de transparencia.

Los *swap* plantean, además, problemas cuando el cliente bancario entra en concurso (y ello, con independencia de que se trate de cliente consumidor o empresario). Si las liquidaciones que genera el contrato se consideraran intereses, entonces se convertirían en créditos subordinados (pues los intereses lo son, art. 92.3.º LC); la mayoría de la doctrina y de los juzgados en cambio estiman que no son intereses (pues no están ligados a una deuda principal), sino prestaciones derivadas de un contrato autónomo. Por otra parte, la jurisprudencia mayoritaria considera que un *swap* no constituye un "contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento" al que resulte aplicable el art. 62 LC (y, por ende, el art. 16 DL 5/2005), sino más bien un contrato aleatorio, lo cual conduce a la consecuencia de que las liquidaciones practicadas durante el concurso no son créditos contra la masa, sino concursales ordinarios contingentes (SSTS, de 8 de enero de 2013, de 9 de enero de 2013 o de 2 de septiembre de 2014).

En materia de descuento, siguen planteándose los problemas de diligencia de la entidad descontante a la hora de cobrar el crédito descontado y no satisfecho. El Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina de que si la entidad de crédito descontante deja culposamente perjudicar el título o prescribirlo, y no avisó al descontatario del impago, ya no podrá ejercitar la acción causal. En tales supuestos, se razona, si pudiera reclamar al descontatario mediante la acción causal de descuento, le devolvería un título que ya no es "cobrable" (o, al menos, un título menos fácilmente cobrable que el que se entregó a la entidad al descontarlo). La pérdida culposa de la acción cambiaria no puede permitir que el banco acuda, entonces, a la acción extracambiaria, y devuelva un título de peor condición que el que le fue entregado.

Estrategia procesal

Véanse SSTS, de 30 de abril de 2003, de 25 de noviembre de 2004, de 29 de septiembre de 2008, o de 20 de mayo de 2009. De acuerdo con ello, si por ejemplo el banco no avisó al descontatario del impago, y luego dejó prescribir la acción cambiaria, no podría ya ejercitar la causal; pero si avisó al descontatario, según el Tribunal Supremo, es este quien tiene la carga de pagar el título y recuperarlo antes de que prescriban las acciones cambiarias.

3.6.4. Operaciones bancarias pasivas

Respecto de las operaciones bancarias pasivas, a lo señalado en los materiales de grado cabe añadir que actualmente se han unificado los tres fondos de garantía de depósitos que existían, y siguen cubriendo al cliente frente a la insolvencia de la entidad de crédito, garantizándole la recuperación de 100.000 € por cliente (véase RDL 16/2011). Con los depósitos “clásicos” coexisten figuras híbridas, en las que el interés se determina, para todo o para parte de la duración del contrato, con referencia a la evolución de una “cesta” de valores, de modo que se devengarán intereses si en los momentos pactados todos los valores han experimentado ascensos en su cotización respecto del momento inicial del contrato (“depósitos indexados” o “estructurados”). Distintos son los contratos en los que la entidad de crédito no garantiza la devolución del capital, pues entonces son instrumentos financieros de alto riesgo en los que el cliente puede perder, total o parcialmente, el dinero entregado, y deberían ser comercializados por las entidades como tales instrumentos financieros (test de idoneidad y de conveniencia, etc.), y no como depósitos.

Actividad

Véase el supuesto tratado en la STS, de 22 de diciembre de 2009, de un “depósito de alta rentabilidad” que generaba a favor del banco una retribución, de tal modo que si la retribución era superior al interés generado, el cliente perdía parte del capital invertido. El Tribunal confirmó el criterio de que denominarlo “depósito” resultaba engañoso, y que la operación debía anularse.

Los depósitos de dinero han sido la forma clásica de obtención de fondos de los clientes, con obligación de su restitución (obtención de pasivo). Sin embargo, la inventiva financiera y un afán desmedido por incrementar aún más la captación de fondos ha hecho que las entidades de crédito hayan acudido a otras formas indirectas de obtención de fondos de los ahorradores, a menudo mediante fórmulas que combinan aspectos del mercado bancario (de crédito) y de valores, y que en buena medida explican el grado de riesgo y de apalancamiento financiero que ha conducido a la crisis financiera actual.

3.6.5. Operaciones bancarias neutras

Respecto de los materiales de grado, cabe añadir que si bien hasta el 2009 las transferencias bancarias eran contratos atípicos, actualmente resulta aplicable toda la normativa sobre servicios de pago, que establece, por ejemplo, los plazos máximos que el banco puede utilizar para abonar el dinero en la cuenta del beneficiario, la irrevocabilidad de la orden de transferencia, o que normalmente los gastos por la transferencia serán asumidos por ambas partes (gastos compartidos, a diferencia del sistema anterior, que normalmente era de gastos a cargo del ordenante. Véanse arts. 50 a 64 RDL 19/2018).

En materia de cajas de seguridad, el problema fundamental sigue siendo la posible responsabilidad del banco en el caso de sustracción de lo ingresado en las cajas. A los criterios señalados en los materiales de grado cabe añadir que la sorprendente STS, de 4 de noviembre de 2008, aplica el criterio del art. 1769.3

CC de que la afirmación del cliente es suficiente para dar por probada la existencia de bienes en la caja, y el banco debería aportar indicios que destruyan esa afirmación. En la práctica, las dificultades de prueba se intentan soslayar pactando en el contrato que, en caso de sustracción, se satisfará al cliente una cantidad máxima pactada, o estableciendo que el cliente no podrá ingresar objetos que excedan de un valor determinado. Cuando dichas cláusulas estén pactadas con consumidores, cabe plantear su carácter “abusivo”, pues se está impidiendo al cliente que recupere un valor real, tasándolo o limitándolo por un precio realmente bajo. Normalmente, el contrato de cajas de seguridad incluye un contrato de seguro para el caso de sustracción o daños, de forma que el precio del alquiler incluye también la prima de seguro (se trataría de un seguro de responsabilidad civil). La responsabilidad del asegurador sí puede estar limitada, pues no supone un límite abusivo de la indemnización para el responsable (que es la entidad de crédito). El cliente podrá pactar un seguro con una cobertura mayor que la inicial.

Dada su particular posición, los bancos pueden operar como intermediarios óptimos entre los empresarios que desean colocar bonos en el mercado, y los inversores que buscan títulos de alta rentabilidad. En este punto remitimos al tratamiento que se realiza en los materiales de grado. Pero, además, las entidades de crédito pueden realizar los mismos servicios de inversión que los intermediarios en los mercados de valores (empresas de servicios de inversión, ESI), si así se recoge en sus estatutos. En tales casos, las entidades de crédito deben cumplir los requisitos que se exigen a tales ESI, tales como realizar los tests de idoneidad y conveniencia cuando el cliente es un minorista. De hecho el servicio de reclamaciones del Banco de España en varias ocasiones ha recordado a las entidades la necesidad de asesorar al cliente y comprobar sus conocimientos y nivel de riesgo cuando se le ofrecen productos de inversión medianamente complejos.

Test de idoneidad y de conveniencia. Error en la contratación de productos financieros.

Concretamente, el cliente que pida un servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión discrecional de carteras, deberá someterse a un “test de idoneidad” para que la entidad aprecie cuáles son sus conocimientos y determine su perfil inversor (conservador, arriesgado, etc.) para poder gestionar o asesorar de acuerdo a dicho perfil. Si el cliente se niega a someterse, la entidad no puede ofrecerle el servicio. Cuando se solicite otro servicio de inversión o auxiliar, se someterá al cliente a un “test de conveniencia” para evaluar sus conocimientos y si puede comprender los riesgos aparejados al producto que solicita; si la entidad considera que el producto no es adecuado a tales conocimientos, lo comunicará al cliente, quien sin embargo puede, pese a ello, contratarlo (haciendo constar que se le ha advertido de los riesgos y que los acepta). Véanse arts. 213 y 214 LMV. Estas obligaciones se contienen en la conocida como Directiva MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), que parte de la Directiva 2004/39, de 21 de abril de 2004, luego ampliada y desarrollada por la Directiva 2006/73, y por el Reglamento 1287/2006, ambos de 10 de agosto de 2006. Posteriormente las medidas normativas se han ido actualizando con la Directiva MiFID II y el Reglamento MiFIR aprobados el 16 de abril de 2014 (que entraron en vigor el 3 de enero de 2018).

En esta materia la jurisprudencia ha fijado criterios importantes. Así, si no se han realizado los tests existe una infracción administrativa sancionable con multas, pero no estaba claro qué consecuencias podría tener esto en el ámbito civil. Pues bien, la STS, de 20 de enero de 2014, ha determinado que en estos casos “la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”, y también hace presumir la excusabilidad del error. De modo que el Tribunal presume que ha existido error en el

contratante, por no habersele informado adecuadamente del riesgo asumido al contratar el producto. Normalmente, cuando los inversores eran personas con conocimientos financieros la jurisprudencia considera que no ha habido error al contratar productos financieros que luego han resultado con pérdidas (véanse SSTs de 18 de abril de 2013 – número 243/2013–, 20 de febrero de 2014 o 28 de septiembre de 2018); en cambio si no tenían tales conocimientos, se ha optado por considerar que existió error en la contratación (SSTs, de 18 de abril de 2013 –número 244/2013–, de 22 de octubre de 2015, o de 30 octubre de 2015, entre otras muchas). En la STS, de 17 de abril de 2018, se ha declarado que la cláusula predispuesta por el banco, y firmada por el cliente, según la cual éste ha sido informado de que la operación no es conveniente para él y ha decidido contratar por su propia iniciativa, no excluye la posibilidad de error.

3.7. Contratos de crédito inmobiliario

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, traspone la Directiva 2014/17/UE y norma una serie de aspectos de los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca u otra garantía real. Esta Ley no regula el derecho de “hipoteca” en sí, que sigue normado por la Ley Hipotecaria (en trance, también, de una posible revisión), sino los contratos garantizados con hipoteca, los contratos de préstamo hipotecario en cuanto tales préstamos o créditos. La norma no nace tanto como una defensa del prestamista (al modo de la Ley de crédito al consumo), sino como la instauración de un sistema de comportamiento responsable en la concesión de créditos hipotecarios. La Directiva que se traspone enuncia como principal motivo del régimen que se establece que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado (entidades de crédito, intermediarios de crédito, etc.) puede socavar los cimientos del sistema financiero y tener graves consecuencias sociales y económicas; si bien luego se añaden razones de protección de los consumidores y, también, del derecho a la vivienda como derecho fundamental comunitario.

Aunque la norma comunitaria ciñe su ámbito de protección a los consumidores, la Ley española amplía este ámbito (algo que permite la Directiva) a todas las personas físicas (sean consumidores, empresarios, profesionales, etc.) que adquieran un bien inmueble, construido o por construir, y garanticen el pago con hipoteca u otra garantía real. En bastantes aspectos recuerda a la normativa de crédito al consumo expuesta en el apartado “El contrato de crédito al consumo” (normativa de crédito al consumo que no rige para los préstamos hipotecarios, art. 3.a LCC).

De entre los muchos aspectos regulados destacaremos los que consideramos fundamentales. La norma establece la obligación de proporcionar al cliente una información precontractual estándar muy completa, y además una información precontractual específica y personalizada según las necesidades, situación financiera y preferencias del cliente que se presente como posible prestatario (arts. 6, 9 y 10). Esa información debe entregarse con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato (art. 14). Además, obliga al notario que va a elevar a escritura el préstamo que, con carácter previo al otorgamiento de la escritura (al menos, un día antes) haga constar en un acta que: ha comprobado que se han cumplido los plazos de puesta a disposición de la información precontractual; ha asesorado al

prestatario en las cuestiones que éste le plantee; y le ha informado de que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la información precontractual, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada (véase art. 15). Mediante la norma se pretende asegurar que el prestatario conoce y comprende las cláusulas del contrato que va a celebrar.

Otros aspectos novedosos de la regulación son: el derecho a convertir préstamos que estén denominados en moneda extranjera a una moneda alternativa, con una serie de requisitos (art. 20); el régimen de los intereses variables (art. 21); el derecho al reembolso anticipado del préstamo, con una serie de límites cuantitativos a la indemnización que esto pueda generar en favor de la entidad prestamista (art. 23); los requisitos para poder declarar el vencimiento anticipado del préstamo (art. 24, no basándose en que se impaguen más o menos plazos, sino en que el impago suponga una parte relevante de la cuantía total adeudada); o la limitación del tipo de interés de demora en ciertos supuestos (art. 25, el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales). Además, la nueva norma establece el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios (arts. 26 a 43), así como el régimen sancionador (arts. 44 a 49).

4. Contratos de servicios

4.1. El contrato de servicios

Con carácter general, los contratos de “servicios” son aquellos en los que la prestación de una de las partes es un hacer (*facere*), hacer que puede consistir en una simple actividad física (como transportar un bien, o construir un edificio), o bien en una actuación con relevancia jurídica (como buscar clientes, e incluso contratar con ellos, por cuenta del principal). El derecho comunitario ya promulgado sigue esta consideración de los “servicios” como una categoría general y relevante del derecho, pues la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, regula los servicios en el mercado interior. Ciertamente, es una norma que se refiere a los aspectos del ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, a la libre circulación de los servicios, y al nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1). No trata, por lo tanto, al menos directamente, los aspectos jurídico-privados de la relación comercial de servicios, por no existir competencia para ello de la Unión. Sin embargo, sí que indirectamente existen reglas en aquellas materias que tienen incidencia en la vertiente comercial, como la obligación de información y también la de pericia para la obtención del resultado. Por “servicio” entiende la Directiva “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”. Se trata de un concepto quizás demasiado genérico, pero en tal genericidad posiblemente se halle su mayor acierto. El “centro”, lo definitorio del servicio, es la realización de una actividad personal, una actuación personal. La Directiva ha sido traspuesta al derecho español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio; esta norma fue complementada por la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de Libre Prestación de Servicios, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Common Frame of Reference

En el derecho comunitario proyectado, también los “servicios” constituyen una categoría comercial básica, que tiene como centro la realización de una actividad del sujeto obligado, en contraposición al objeto real, centrado en la adquisición de la propiedad o del uso de un bien, de los contratos de compraventa o arrendamiento. Por eso las reglas fundamentales de la regulación general propuesta en el *Common Frame of Reference* se centran en caracterizar cómo debe ser esa actuación: información precontractual, pericia y cuidado, obtención de un resultado y seguimiento de las órdenes del cliente. Después, el contenido concreto de esa conducta, la finalidad económica y social perseguida por quien actúa, puede ser muy diversa: construcción de un bien (*construction*), almacenamiento de bienes o derechos (*storage*), asesoramiento (*advice*), transporte, aseguramiento, etc.

En derecho contractual español no existe la categoría de los “contratos de servicios”. Sí existe una categoría similar en nuestro Código civil, la del “arrendamiento de servicios”, pero se diferencia bastante de la que ahora tratamos, por dos razones (entre otras). En primer lugar, porque nuestro Código contrapone “arrendamiento de servicios” con “arrendamiento de obra”, entendiendo la doctrina que la diferencia está en que uno constituye una prestación de medios, y el otro de resultado (véase lo dicho en los materiales de grado). En segundo lugar, la regulación (si es que puede llamársele así) del arrendamiento de servicios en el Código civil es mínima: no hay normas generales, y tan solo se dictan reglas para el trabajo de los asalariados (arts. 1583-1587 CC). Nuestro ordenamiento no contempla los “servicios” como una categoría general, independiente y central del derecho de contratos. Desde hace un tiempo la doctrina española se viene planteando las carencias de esta regulación, y propugna la creación de una categoría específica de contratos de servicios, con un contenido y características en buena parte paralelo o semejante a la regulación de la propuesta comunitaria.

Hoy por hoy, la única regulación legal específica del contrato de “servicios” es la contenida en los arts. 1583 a 1587 CC, que se refieren al “servicio de criados y trabajadores asalariados”, y los ejemplifica con los “criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados” (art. 1587 CC). Esta regulación es claramente obsoleta, y además hoy en día está desplazada en la mayoría de supuestos por todo el derecho laboral, que se aplicará a todas las personas que prestan servicios por cuenta de otra y bajo su poder de dirección (véanse arts. 1 y ss. ET).

Los únicos servicios que estarán sometidos a la regulación civil (no a la laboral) serán los de los profesionales liberales, que prestan servicios muy diversos para sus clientes (abogados, arquitectos, médicos, etc.). Para estos servicios lo dispuesto en el Código civil es completamente inútil, y son aplicables otras normas específicas o las normas deontológicas propias de su profesión.

Así, por ejemplo, para la prestación de servicios médicos existe una regulación parcial en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La falta de información, o de consentimiento, origina la responsabilidad del proveedor de tratamiento, con independencia de que este fuera absolutamente necesario, o haya logrado realmente efectos beneficiosos para la salud del cliente.

En la jurisprudencia española son muchos los supuestos en los que se estudia la infracción de este deber de información, independientemente de la diligencia exigible en el tratamiento médico.

Para la STS, de 10 de mayo de 2006, que es citada por otras muchas, “La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS 02.10.97, 29.05 y 23.07.03, 21.12.05, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25.04.94, 02.10.97 y 24.05.99). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

Ejemplo

En la STS, de 30 de junio de 2009, por ejemplo, se condenó al médico que no informó de una posible complicación que se producía en un 3,5% de los casos.

En estos contratos de servicios, el prestador del servicio se compromete a actuar según la *lex artis* de su profesión, esto es, los conocimientos técnicos adecuados correspondientes a un buen profesional del sector. En general la prestación será “de medios”, en el sentido de que no se garantiza la obtención de un resultado, sino que el prestador pondrá todos los medios posibles para alcanzarlo. Esto es así porque, normalmente, la obtención del resultado no depende solo de la pericia del profesional, sino de otras circunstancias ajenas (la evolución y el estado de la enfermedad del paciente, la formación del juez que decide el pleito, etc.). De todas formas la diferencia entre “prestaciones de medios” y “prestaciones de resultado” es muy difusa en muchas ocasiones, como ya se pone de manifiesto en los materiales de Grado, por lo que será en cada caso concreto donde deberá apreciarse si realmente el profesional cumplió correctamente con la *lex artis* de su sector.

Aparte de estos supuestos, en la actualidad también tienen relevancia los contratos de prestación de servicios especializados realizados por empresas externas a la que precisa de tal servicio. Como una muestra más de la complejidad que supone toda empresa en cuanto alcanza un cierto tamaño, en la práctica es muy común que ciertos aspectos concretos y accesorios precisos para el correcto desenvolvimiento de la actividad se encomienden a empresarios externos a la empresa, en vez de contratar como empleados laborales a personas que realicen esa labor. En vez de realizar esa labor, la propia empresa a través de empleados propios, la “externaliza” o encomienda a empresarios externos que se dedican profesionalmente a ello. Estos contratos, llamados de *outsourcing* en la terminología anglosajona, serán normalmente de prestación de servicios, regidos por las reglas del arrendamiento de servicios del Código civil. No se trata de comisiones o mandatos, pues lo encargado es la realización de un acto material y no de un acto con relevancia jurídica.

Ejemplos del *outsourcing* son encomendar las labores de vigilancia de la empresa a una empresa de seguridad, la llevanza del comedor de los empleados por una empresa de restauración, la limpieza a una empresa de este tipo, o la colocación, mantenimiento y enseñanza del uso de los programas informáticos a una empresa de informática. El empresario puede así centrarse solo en su labor de producción específica, sin dedicar esfuerzos ni personal a las labores accesorias.

4.2. El contrato de obra

En el contrato de obra, o arrendamiento de obra, una de las partes (arrendatario) se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. El paradigma de estos contratos es el de construcción de un edificio, y el Código civil incluye aquí tanto los supuestos en que el constructor aporta él mismo los materiales (que, en realidad, se asemejan más a una compraventa de un edificio) como cuando los aporta el dueño de la obra (véanse arts. 1588 a 1590 CC). Cuando la obra se encarga por un precio alzado, el constructor (normalmente llamado “contratista”) no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales durante el desarrollo del contrato; pero podrá hacerlo cuando se haya realizado algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, si el propietario lo autorizó (art. 1593 CC).

Prestación mixta

En ocasiones no se pacta un contrato de obra “típico”, sino que las partes acuerdan una prestación mixta, en la cual se combina la entrega de un bien, pero también la personalización previa del mismo. Así, en el ámbito de los programas informáticos, es muy común que el titular de los derechos de propiedad intelectual del programa estándar conceda una licencia sobre el mismo, pero además se comprometa a “personalizarlo” y adecuarlo a las necesidades de la empresa del cliente. En estos casos incluso suelen pactarse contratos del tipo “llave en mano”, de forma que la empresa informática se compromete a instalar el programa personalizado en los equipos del cliente, y a adiestrar en su manejo al personal. También se añaden a menudo contratos de servicios, como los de mantenimiento de material, asistencia técnica, instalación de las mejoras de programa que vaya implementando la empresa informática, etc. La prestación “de obra” suele ser muy relevante, pues se hace hincapié en que se obtenga un “resultado” concreto: el tratamiento informático de todos los datos de la empresa, y el poder realizar diversas operaciones de forma automatizada.

A menudo el contratista subcontrata aspectos concretos de la ejecución de la obra, y en tales casos el subcontratista tiene acción directa contra el dueño de la obra hasta la cantidad que el dueño adeude al contratista (art. 1597 CC). Esta norma se aplica en muchas ocasiones en la práctica, y como se aprecia solo tiene virtualidad si quien encarga la obra aún no ha pagado totalmente al constructor, y hasta el límite de ese pago que falta. Cuando el constructor era declarado en concurso, no estaba claro si la acción del subcontratista podía ejercitarse o no (pues su ejercicio perjudica al resto de acreedores del concursado, que no podrían utilizar para el cobro común todo lo que el dueño de la obra adeudaba al constructor concursado), y la jurisprudencia mercantil era muy vacilante ante esta cuestión. Actualmente, el art. 51 bis.2 LC, introducido en la reforma realizada por la Ley 38/2011, establece que quedarán en suspenso los procedimientos ejercitados por el subcontratista antes de declararse el concurso. El subcontratista concurrirá como un acreedor más, con el resto, para intentar cobrar su crédito. Si inicia una acción de reclamación una vez declarado el concurso, aprovechando que normalmente el juez de primera instancia ante el que presente la demanda no conocerá que el constructor está declarado en concurso (y que, por lo tanto, la reclamación ya es de competencia del juez de lo mercantil del concurso, arts. 8.1 y 9.1 LC), el juez de primera instancia no deberá admitir la demanda y, si lo hace, deberá después archivar todo lo actuado (art. 50.3 LC).

La principal litigiosidad de este contrato se plantea en los contratos de construcción de edificios. En este ámbito, para las construcciones cuya licencia administrativa es anterior al 6 de mayo de 2000, se aplica el art. 1591 CC, que establece una responsabilidad decenal para los vicios ruinógenos. La jurisprudencia de hecho extendió este régimen no solo a los problemas de estructura que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, sino a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio (en la mayor parte de las reclamaciones se incluyen todos los defectos del edificio, sean estructurales, de habitabilidad, e incluso de simple acabado, si concurren con los anteriores, y si todos ellos en su conjunto suponen un defecto relevante). Lo más destacado es que, además, se consideraba que la existencia de defectos o de problemas de habitabilidad invertía la carga de la prueba, de forma que eran los demandados quienes debían demostrar que no había existido culpa suya; no se trataba de una responsabilidad objetiva, pero la falta de culpa debía acreditarla el demandado. Por último, si bien la responsabilidad de los diversos intervinientes en la construcción es individual, de forma que cada uno debe responder de los defectos derivados de su actuación (diseño arquitectónico, dirección técnica de la obra, ejecución material de la obra, etc.), cuando no es factible determinar claramente a quién es imputable el defecto, se impone la responsabilidad solidaria. El promotor respondía en todo caso, por ser el responsable final de la operación. Estas eran las principales conclusiones de la jurisprudencia sobre la materia, que en buena medida se asumieron legalmente en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Por último, el plazo de diez años no es un plazo de prescripción, sino de garantía, de forma que exteriorizado un defecto en ese intervalo, el perjudicado disponía de quince años para efectuar su reclamación. La responsabilidad decenal no excluía, obviamente, la responsabilidad contractual del vendedor del inmueble (el promotor respondía, así, por la vía contractual y también por el art. 1591 CC).

Para las construcciones cuya licencia es posterior a la fecha antes referida, la LOE establece un sistema que diferencia el plazo de garantía según el tipo de defectos: se responde de los defectos que afectan a la estructura si se exteriorizan en un plazo de diez años; de los defectos de habitabilidad si aparecen en un plazo de tres años; y de los defectos de acabado exteriorizados en un año desde la entrega. Además, solo se indemnizan los daños materiales causados en el edificio por los vicios mencionados (no, por ejemplo, daños personales a los usuarios, ni daño moral). Por lo demás, el régimen de legitimación activa se mantiene similar al del Código civil (responsabilidad siempre del promotor e individual de los demás, pero solidaria si no se acredita a quién es imputable el vicio), así como el criterio de responsabilidad por culpa y de inversión de la carga de la prueba.

Estrategia procesal

No siempre la demanda dirigida solidariamente contra todos los intervinientes en la construcción es la estrategia procesal más adecuada. Si se demanda, por ejemplo, al arquitecto, y luego se acredita que no existen defectos en el diseño de la construcción,

será desestimada la demanda, y normalmente sus costas se impondrán al demandante (salvo que el tribunal aprecie que existían dudas de hecho o de derecho, art. 394 LEC). Por eso es importante para el perjudicado disponer de un informe técnico solvente que indique qué defectos hay y a quién son imputables, para saber contra quién accionar. Por supuesto, si por ejemplo se ha demandado solo al promotor y este resulta condenado, podrá repetir contra las personas que sean responsables técnicos de los defectos por los que él ha indemnizado.

4.3. El contrato de transporte

El contrato de transporte se ha asimilado, tradicionalmente, a un arrendamiento de obra, porque el porteador se compromete a alcanzar un resultado, que es situar a la mercancía o al viajero en el lugar pactado. En cualquier caso, la regulación específica del transporte exime de realizar mayores consideraciones acerca de cuál sea el régimen del contrato tipo básico. Como se señala en los materiales de grado, cada tipo de transporte (terrestre, marítimo, aéreo) tiene una regulación especial a la que habrá que acudir si se plantea algún problema. El que más normalmente puede plantearse ante un abogado no especializado es el de mercancías por carretera, y por eso vamos a hacer una especial referencia al mismo. Este transporte está regulado por la Ley de Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante, LTTM), en el aspecto jurídico privado, y por la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT), en los aspectos administrativos (autorización del transporte, régimen de las empresas auxiliares del transporte, infracciones administrativas, etc.). Dentro del ámbito contractual privado, también es relevante la Orden FOM/1882/2012, de 1 agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, aplicable en defecto de pacto entre las partes (pero que determinan que si el contrato de transporte es de adhesión, únicamente podrán modificarse las condiciones cuando las que se establezcan resulten más beneficiosas para el adherente).

El régimen del contrato es especialmente exigente con el porteador, razón por la cual, entre otras, limita su responsabilidad. Como regla general, y no solo en el transporte terrestre de mercancías, el porteador responde de los daños causados a las mercancías o de los retrasos, salvo que acredite que son debidos a caso fortuito o fuerza mayor, a vicio propio de la cosa o a culpa del cargador (véanse arts. 47 y 48 LTTM). Por lo tanto, aunque –por decirlo de alguna forma– solo responde por sus actos culposos, la inversión de la carga de la prueba –él responde, salvo que demuestre que hubo caso fortuito– vuelve su posición más endeble.

En contraposición, y quizás para compensar una responsabilidad tan exigente, tradicionalmente la responsabilidad del porteador (terrestre, marítimo o aéreo) se ha limitado por las leyes a un tanto alzado. Si bien se responde del importe material de los daños causados a la mercancía, o del perjuicio que cause el retraso, esa indemnización se limita: en el caso de averías, a un tercio del IPREM/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada; y en el caso de retraso, al importe del precio del transporte (art. 57 LTTM). Si el importe del daño es inferior a esos límites se paga tal importe, pero si es

El transporte aéreo

En el transporte aéreo son frecuentes resoluciones judiciales que declaran “abusivas” ciertas cláusulas de transporte de viajeros. La STS, de 13 de noviembre de 2018, confirma la nulidad, por abusivas, de varias cláusulas que una compañía utilizaba en sus contratos de transporte aéreo de viajeros, como la que otorgaba a la compañía aérea la facultad de realizar determinadas modificaciones en las condiciones del contrato concertado con el consumidor “en caso de necesidad” (expresión excesivamente genérica que puede incluir supuestos que exceden de las “circunstancias extraordinarias” que excluyen la responsabilidad del transportista aéreo, en la interpretación que de ellas ha hecho el TJUE).

superior, se satisfará únicamente el límite. Estos límites no operan en el caso de actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción (art. 62 LCTTM. Véase una aplicación de esta regla en las SSTs, de 9 de julio de 2015 —manejo poco cuidadoso de mercancía que estaba embalada en cajas en las que constaba el símbolo internacional de “mercancía frágil”— y de 10 de julio de 2015 —que no limita la responsabilidad por el robo al porteador que había estacionado en lugar peligroso, accesible y no vigilado, con escasa protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y falta de vigilancia por parte del conductor—). El cargador que desee obtener una indemnización que realmente cubra todo el daño debería contratar un seguro adicional que realice tal cobertura. Nótese que actualmente el límite lo pone la norma legal privada (a diferencia de otros periodos, en los cuales el límite figuraba en un reglamento, y posteriormente en una ley “administrativa”), por lo que resulta de estricta aplicación.

Por lo que se refiere a la disputa judicial en esta materia, cabe recordar que la competencia para conocer de los litigios derivados del contrato de transporte es de los jueces de lo mercantil [art. 86 ter.2.b) LOPJ]. Pero además existen las Juntas Arbitrales del Transporte Terrestre, reguladas por la LOTT (art. 38) y desarrolladas por el ROTT (arts. 6-12), que, junto al cumplimiento de otras funciones, se crearon para resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre, cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. Se presume que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 € y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado. Esta “presunción” de voluntad resulta bastante objetable desde un punto de vista constitucional, pero de hecho en virtud de la misma las Juntas resuelven los litigios de escasa cuantía de una forma rápida y barata (su funcionamiento no tiene coste para las partes, que no precisan de abogado y procurador para intervenir en el procedimiento arbitral). Por supuesto, como todo tribunal arbitral sus decisiones son ejecutivas, y no cabe un recurso contra el fondo de la decisión (sí cabe el recurso de anulación, pero que se refiere a aspectos formales del arbitraje).

Estrategia procesal

Supongamos que se ha enviado por mensajería un material informático de un valor de 7000 euros y de poco peso, y que el material se pierde por un accidente, que tiene lugar a causa de que el conductor de la camioneta en la que se efectuaba el transporte se durmió durante la conducción. Planteada la reclamación ante el Juzgado de lo Mercantil, el porteador plantea incompetencia de jurisdicción, alegando que la competencia es de las Juntas Arbitrales de Transporte, dado que el importe de la indemnización, calculado con el límite del art. 57 LCTTM, no supera los 15.000 euros. Determinad qué deberíais alegar ante tales argumentos, y la estrategia procesal a seguir, y valorad si resulta mejor intentar la vía judicial o acudir a la vía arbitral. Plantead, además, si el porteador debería

haberlos avisado de que era mejor asegurar el envío, al advertir el alto valor del material entregado para su transporte.

4.4. El contrato de depósito

El contrato de depósito es aquel por el cual una persona guarda un bien de otra con una estricta finalidad de custodia. A esta prestación fundamental de “custodia” pueden añadirse otras prestaciones de servicio puramente accesorias (por ejemplo, mantener la mercancía a una determinada temperatura), lo cual no desnaturaliza al contrato, que seguirá siendo de depósito (SSTS, de 19 de abril de 1988 o de 30 de julio de 1991). Cuestión distinta es la de contratos entre cuyas prestaciones está la custodia de bienes, pero cuya finalidad y naturaleza jurídica son diferentes (como la comisión, hospedaje, transporte), y cuyas consecuencias, en cuanto al incumplimiento, admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al mero depositario STS, de 10 de junio de 1987.

Así, por ejemplo, no es depósito contratar la estancia portuaria de un buque, junto con su reparación, cargos portuarios, etc., SSTS, de 19 de diciembre de 1998, o de 20 de febrero de 1999).

La finalidad fundamental del depósito es la custodia o guarda del bien. Precisamente por ello, cuando a tal finalidad se une la posibilidad de uso por parte del depositario, no hay verdadero depósito, pues a la custodia se une una función de uso por parte del depositario. De hecho, ambos códigos establecen que en tales casos no se aplican las reglas del depósito sino las del préstamo o las del contrato de que se trate (arts. 1768 CC y 309 CCom).

El ejemplo más común de “depósito irregular” es el “depósito” de dinero en las entidades de crédito, que se convierten en sus propietarias y los destinarán a su actividad de inversión, comprometiéndose frente al cliente a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (véase lo dicho en los materiales de grado, en materia de contratos bancarios). En estos supuestos, las SSTS, de 7 de marzo de 1974 y de 4 de diciembre de 1975 consideraron que, por no tratarse de verdaderos depósitos, no operaba la prohibición de compensación que establece el art. 1200.1 CC, y la entidad podía pactar la compensación de los saldos con otras operaciones del cliente.

La obligación fundamental del depositario es la de custodia del bien, lo cual implica el guardarlo en las condiciones que resulten más adecuadas. Así, por ejemplo, responderá si ha dejado el bien expuesto a las condiciones meteorológicas, y se dañó por la lluvia (STS, de 26 de mayo de 1980), y también si el bien exigía el mantenimiento en cámaras frigoríficas a una cierta temperatura, y así se pactó, y se ha incumplido tal circunstancia (SSTS, de 30 de julio de 1991 o de 15 de marzo de 1995, entre otras muchas). La jurisprudencia ha concluido también en esta materia la existencia de una inversión de la carga de la prueba, de forma que en supuestos de pérdida el depositario responderá salvo que acredite que la desaparición fue por causas ajenas a su voluntad (STS, de 24 de julio de 2003).

Por último, señalaremos como supuesto especial el depósito en almacenes generales de depósito, que son entidades dedicadas profesionalmente a la custodia de bienes no perecederos. Lo característico de estos depósitos es que los

almacenes entregan al deponente una serie de documentos transmisibles, de forma que aun estando el bien depositado pueda ser transmitido (o incluso dado en prenda, a través de la transmisión del título llamado *warrant*) a personas distintas sin necesidad de transmisión física del bien (son, por lo tanto, títulos valores de tradición).

4.5. El contrato de aparcamiento

Aunque la norma no lo configura ni lo denomina como depósito, debe señalarse que la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, regula el contrato de aparcamiento de vehículos, hasta ahora carente de regulación. Afecta a los contratos de estacionamiento no gratuitos, excluyendo, entre otros, los que se realicen en la vía pública (aunque se pague por ello). Cuando el usuario es un consumidor y se actúa con estipulaciones no negociadas individualmente, el precio en los aparcamientos sin reserva de plaza no puede redondearse al alza en el tiempo consumido (art. 87.5 LGDCU, introducido por la Ley 44/2006, que prohíbe así tarifar por fracciones de hora), lo cual hace que, con carácter general, los aparcamientos apliquen esa forma de determinación del precio a todos los usuarios.

Esta norma impone al empresario del estacionamiento, entre otras muchas obligaciones, que responda de la custodia del vehículo y de los accesorios unidos a él de forma inseparable. El “acuerdo” contrario (que a menudo constaba en el documento que expide automáticamente la máquina de entrada) de que no se responde de la sustracción resulta así inválido, por oponerse a norma imperativa. Por lo tanto, la Ley confiere al contrato un carácter de “custodia” del vehículo y de los elementos unidos de forma inseparable, algo que la jurisprudencia consideraba ya como sustancial a este tipo de contratos cuando aún no existía regulación positiva de los mismos (véase especialmente STS, de 22 de octubre de 1996).

5. Contratos de colaboración: intermediación y distribución

5.1. Los contratos de colaboración: planteamiento general

Dentro de los contratos de servicios ocupan un lugar relevante los contratos de colaboración, en los que el *facere* al que se obliga una parte consiste en colaborar con el principal para, de una forma directa o indirecta, lograr un aumento de su clientela (o, si se quiere, de los pedidos de sus productos). A su vez, en los contratos de intermediación el “colaborador” lo que hace es contratar o promover los contratos por cuenta del principal, de forma que es un “intermediario” en el contrato entre principal y tercero. En los contratos de distribución, en cambio, el “colaborador” es un empresario independiente que, sin embargo, comercializa productos o servicios ya introducidos en el mercado por el principal y sus colaboradores. En este sentido es un “intermediario económico” (porque logra que el cliente adquiera los productos del principal), pero no un “intermediario jurídico” (porque el distribuidor compra él el bien, o produce el servicio, y por lo tanto, actúa por cuenta propia; si bien está contribuyendo a la mayor difusión o éxito de la marca o servicio que ofrece).

5.2. Los contratos de intermediación

5.2.1. Diferencias fundamentales entre mandato/comisión, corretaje y agencia. Contratos de intermediación y relación laboral

En la labor de intermediación el “intermediario” gestiona el interés de su principal, buscando ampliar el número de sus clientes y/o el volumen de los pedidos. En esta labor el intermediario puede realizar dos tipos de conductas completamente distintas:

- a) Puede contratar él con el tercero, bien en nombre propio o en nombre ajeno. El intermediario no se limita a “buscar” personas que quieran contratar con el principal, sino que además contrata con ellas por cuenta (o, lo que es lo mismo, “en interés”) del principal.
- b) Puede limitarse a “buscar” personas que están dispuestas a contratar con el principal, en las condiciones inicialmente fijadas por este, y una vez encontradas, “poner en contacto” a tercero y principal para que estos negocien y, en su caso, lleguen al acuerdo. Esta forma de operar será más adecuada si al principal interesa un tercero con ciertas características personales específicas (por

ejemplo, cuando quiere alquilar el piso, contratar un empleado, encontrar a una pareja sentimental, etc.), pues entonces quiere conocerle personalmente antes de contratar.

Cuando el principal quiere contratar a un intermediario para que realice una operación del primer tipo, realizará un contrato de “mandato” o de “comisión mercantil”, en el que el mandatario o comisionista contrata con el tercero. Este contrato se rige por los códigos civil o de Comercio, siendo la regulación de ambos cuerpos legales muy parecida. Si, en cambio, el principal quiere que simplemente el intermediario “promueva” un contrato buscando a terceros, y poniéndoles en contacto con aquel, el contrato será de “corretaje”, que es una modalidad muy practicada pero carente de regulación legal. Por último, si el principal precisa de intermediarios que no realicen una única operación del tipo antes referido, sino que se ocupen de forma estable de concertar contratos o de promoverlos (por ejemplo, el comercial que vende coches –todos los coches que pueda– de una determinada marca; la agencia inmobiliaria a la que se encarga la venta de varios bloques de pisos; el comercial de banca que intenta vender el mayor número posible de productos financieros, etc.), el contrato será de agencia, regulado por la Ley 12/1992. La estabilidad del cometido hace que las obligaciones sean parcialmente distintas de las propias de la gestión de un encargo único, siendo la colaboración dilatada en el tiempo y más intensa.

Cuando el intermediario contrata con terceros puede hacerlo de dos maneras: actuando “en nombre propio” o “en nombre ajeno”. Los dos códigos admiten ambas modalidades. Como se refleja en los materiales de grado, si el gestor actúa “en nombre propio” queda él obligado como contraparte con el tercero, y no existe relación jurídica directa entre el principal y el tercero; si, en cambio, actúa “en nombre ajeno”, ya expresa que la contraparte del tercero es su principal, de forma que quienes quedan ligados son principal y tercero (el gestor no respondería, por ejemplo, de los posibles vicios del bien vendido, si lo celebrado fue una compraventa y él era intermediario por cuenta del vendedor).

Lógicamente, cada modalidad será más adecuada para ciertos tipos de contratos. Por ejemplo, quien quiera comprar una casa preferirá que su intermediario actúe “en nombre ajeno”, para así recibir directamente la propiedad del tercero, y poder reclamarle por posibles vicios.

En el mandato/comisión, el intermediario puede actuar en nombre propio o en nombre ajeno. Habrá que estar a los términos del contrato para establecer cómo operó. Para actuar en nombre ajeno (en nombre del principal) precisará de un poder o autorización de este, que es lo que permite que la actuación del gestor opere efectos directamente en la esfera patrimonial del principal (que le obligue a pagar, a recibir, a responder, etc.). En el corretaje, el intermediario no actúa en nombre propio ni ajeno, pues no contrata con el tercero, simplemente pone en contacto a las partes. Por último, en la agencia la Ley establece que el agente debe actuar siempre en nombre del principal (art. 1 LCAgen-

cia. Un gestor continuo que celebrara contratos por cuenta del principal y en nombre propio no podría ser calificado como “agente” ni estaría sometido a la regulación de esa Ley).

Por último, estos contratos de intermediación se diferencian de la “relación laboral” que puede existir entre un empresario y los empleados que contrató como “comerciales”, como captadores de clientes. Si el gestor es un empresario independiente, con su propia organización (medios materiales, local y empleados propios, etc.), lo que corresponderá es contratarle como mandatario, comisionista, corredor o agente, según el caso. Si, en cambio, el comercial no tiene medios propios, y actúa dentro del ámbito de organización del principal (en materia de horarios, organización, uso de medios materiales, etc.), correspondería contratarle como trabajador (es una relación laboral especial regulada en el RD 1438/1985). Este tipo de consideraciones sobre la mayor o menor libertad del intermediario para organizar su tiempo y sus materiales es el usado por la jurisprudencia para determinar cuál debe ser el contrato celebrado.

Estrategia procesal

En efecto, podría darse el fraude de contratar a un “comercial laboral” calificando nominalmente el contrato de “agencia”, para así no tener que cotizar a la Seguridad Social ni tener que aplicar todas las reglas defensivas del interés del trabajador (permisos, vacaciones retribuidas, jornada máxima, etc.). En estos casos, si el intermediario contratado pudiera probar que realmente no disponía de medios propios ni de libertad de horarios, podría exigir posteriormente que ha existido un fraude en la contratación y que se le deben aplicar las consecuencias laborales de su relación. Este tipo de reclamaciones es muy común en las relaciones de intermediación, véanse SSTs, de 2 de julio de 1996 o de 21 de octubre de 1996, de la Sala de lo Social, o de 16 de abril de 2007, Sala de lo Civil, y SSTSJ (Sala de lo Social) Cataluña, de 16 de febrero de 1999, País Vasco, de 7 de julio de 2009, Cataluña, de 5 de marzo de 2010, o Madrid, de 6 de mayo de 2011.

En relación con lo apuntado en el párrafo anterior, no hay que atender al “nombre” dado formalmente al contrato celebrado entre las partes, ni a la denominación del intermediario, sino al contenido material del mismo, para determinar ante qué relación contractual nos hallamos. Un contrato pactado formalmente como “agencia mercantil” puede encubrir una relación laboral especial de representante de comercio, o un contrato de franquicia (véase epígrafe siguiente), y una “agencia” inmobiliaria puede ser contratada como comisionista, corredor o agente. Por otra parte, externamente a menudo no existen elementos para poder discernir si el “comercial” de una empresa que acude a un posible cliente para que adquiera productos es un comisionista, un agente mercantil, o un empleado laboral del principal.

5.2.2. La indemnización por clientela en el contrato de agencia

Dentro de los contratos de intermediación, la regla legal que posiblemente más litigios plantea es la referente a la indemnización por clientela al momento de extinción del contrato de agencia. La duración y estabilidad de la relación, que a menudo es además en exclusiva, justifica que al terminar el contrato se le confiera al agente una “indemnización” añadida a las comisiones devengadas.

Aspectos más bien teóricos, como su naturaleza jurídica o su justificación, resultan a estos efectos ahora poco relevantes. La indemnización procede tanto si el contrato se pactó por tiempo determinado como indefinido.

Supuestos en los que no habrá derecho a la indemnización

No habrá tal derecho solo en tres supuestos: cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones del agente; cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades, y cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia (art. 30 LCAgencia).

Establece el art. 28 LCAgencia que:

“el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

Como se aprecia, existen diversas variables cuya concurrencia e intensidad deben ser tenidas en cuenta para saber si procede o no indemnizar, y en qué cuantía. La jurisprudencia ha entendido que deben concurrir los tres grupos de circunstancias reflejados: incremento del número de clientes o del volumen de pedidos; que la actividad pueda continuar produciendo ventajas; y que resulte equitativamente procedente (SSTS, de 2 de junio de 2009 o de 4 de enero de 2010). Sobre el agente recae la carga de probar la concurrencia de estos requisitos, si bien que la actividad pueda continuar produciendo ventajas puede ser objeto de un “pronóstico razonable” acerca de cuál será el comportamiento probable de dicha clientela. La indemnización no procede, por tanto, de manera automática.

Existe un límite a dicha indemnización: el promedio anual de las remuneraciones de los últimos cinco años (o durante todo el periodo de duración del contrato, si es menor) (art. 28.3 LCAgencia). La STS, de 3 de junio de 2015, ha señalado que el límite se basa en las remuneraciones brutas, no en el beneficio neto del agente, excluido el IVA. Es un límite máximo para los tribunales; las partes pueden acordar una cantidad inferior, y también superior; pero si no llegan a tal acuerdo y acuden a los tribunales, estos no podrían conceder una indemnización mayor (SSTS, de 8 de octubre de 2010 o de 10 de enero de 2011). No cabe acordar de forma anticipada, al celebrar el contrato, una indemnización que sea inferior, pues la regla es imperativa; la STS, de 8 de octubre de 2010 consideró nulo el pacto por el que se fijaba tal indemnización en un 20% de la remuneración anual, pues esto podía ser inferior –aunque también superior– a la que correspondía aplicando la regla legal. Dentro de ese límite la cuantía dependerá de la duración del contrato, del incremento real de clientela o de pedidos, de la existencia de pactos de limitación de la competencia postcontractual, etc.

5.2.3. Contratos de distribución

El fabricante de un bien o el productor de un servicio pueden acudir a diferentes negocios para lograr que dicho bien o servicio llegue a todos los mercados. Básicamente, tales negocios se clasifican en tres grupos:

a) Puede acudir a compradores revendedores, que actuarán con total libertad a la hora de proceder a la reventa de los bienes. Este tipo de negocios será, simplemente, una compraventa mercantil (art. 325 CCom).

b) Puede actuar mediante agentes comerciales, bien agentes mercantiles (empresarios independientes, art. 1 LC Agencia), bien representantes comerciales sujetos a la relación laboral especial regulada en el RD 1438/1985. Esta clase de relación se trató en el epígrafe anterior. Los agentes actúan bajo las órdenes del principal, y gestionando el interés de este, y cobrando –en la mayoría de los casos– una comisión sobre el precio de venta.

c) Puede celebrar contratos de concesión, franquicia o distribución selectiva, mediante los cuales el distribuidor actúa en interés propio y asumiendo el riesgo empresarial, pero sometiéndose en parte a las directrices y formas de presentación y actuación de la marca o servicio del concedente/franquiciador. En estos casos, la libertad del concesionario/franquiciado está limitada (por tener que seguir las formas de presentación del producto o servicio), pero sigue existiendo (si no, el acuerdo resultaría totalmente contrario al derecho de competencia, como luego se dirá).

En este epígrafe nos referimos a esta última forma de contratación. Los tres grupos de negocios dan lugar a la “distribución” (económica) de los bienes o servicios, pero jurídicamente hablando, la especificidad corresponde al tercer grupo, dado que el resto son contratos típicos ya regulados (compraventa o agencia). Parte de la doctrina engloba a todos estos negocios como “contratos de distribución” (incluso en el derecho comunitario y en el derecho español proyectados), mientras que otra ciñe la categoría solo a los últimos, como hacemos aquí. En cualquier caso, estos contratos del tercer grupo constituyen figuras intermedias entre la compraventa (con total libertad del comprador/revendedor) y la agencia (con sujeción del agente a las instrucciones del principal).

Aparte de lo señalado en los materiales de grado, interesa aquí destacar dos aspectos que son los que más se plantean ante los tribunales españoles. Por un lado, están los límites impuestos por el derecho de la competencia. Los contratos de concesión y franquicia suponen un ataque contra el principio de libre competencia, porque al depender los concesionarios en su actuación de las órdenes del concedente, ni son libres en cuanto al desempeño de su actividad ni compiten abiertamente entre sí. Este problema ha motivado que en el derecho comunitario se haya dictado el Reglamento comunitario n.º 330/2010, de 20 abril, sobre la aplicación del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento

de la UE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (que sustituye al anterior Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre). Esta norma parte de una valoración positiva de los contratos de concesión y franquicia, pero reconoce que suponen una restricción de la competencia debido a las cláusulas de exclusiva y a la sujeción a las órdenes del franquiciado. Por ello, el Reglamento impone una serie de límites a esa exclusividad y determina qué tipo de órdenes se eximen de la prohibición porque, aunque suponen una restricción de la competencia, producen unos efectos beneficiosos proporcionalmente mayores.

Así, y entre otras reglas, el Reglamento prohíbe que el concedente imponga al concesionario los precios de reventa del producto o servicio, si bien sí puede recomendárselos, o fijar unos precios de venta máximos. También se puede pactar en el contrato que el franquiciado no busque activamente clientes fuera del territorio asignado, con ciertos matices; en cambio, no se puede pactar la prohibición de vender a clientes de fuera de esa zona cuando acuden por su propia iniciativa (de los clientes).

Junto a esta norma, más general, cabe citar la existencia del Reglamento 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002, para los acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, que constituye igualmente un Reglamento de exención que establece qué cláusulas están permitidas en este sector.

Estos límites han sido aplicados a menudo por nuestros Tribunales. Así, para fijar, en primer lugar, que si un contrato ha sido calificado por las partes como agencia para escapar de la aplicación del Reglamento comunitario, no por ello dejará de estar sometido al mismo (véanse SSTs, de 15 de enero de 2010 y de 13 de junio de 2011, ambas referidas a un contrato de “abanderamiento” de gasolinera). El agente está sometido a las instrucciones del principal, y no le resulta aplicable el citado Reglamento comunitario; pero sí a un concesionario/franquiciado, aunque formalmente sea calificado en el contrato celebrado como agente (“agente no genuino” lo llama la jurisprudencia). Y un “agente” que soporta los riesgos del negocio (porque adquiere los bienes en firme, o porque asume el riesgo de impago del cliente final, etc.) no es verdadero agente, sino concesionario o franquiciado.

En segundo lugar, para determinar la nulidad del contrato de concesión/franquicia que contenga alguna de las cláusulas prohibidas. Así, un contrato de abanderamiento de gasolinera en el que se impusiera, de hecho o de derecho, el precio de reventa al concesionario será nulo. Además, el Tribunal Supremo ha considerado nulo todo el contrato, y no únicamente la cláusula de fijación de precios.

Estrategia procesal

En este punto es muy relevante el criterio de la STS, de 15 de enero de 2010. Ante la reclamación por el concedente de la factura del último suministro de carburante, el concesionario demandado alegó la nulidad del contrato de concesión, porque de hecho se estaba imponiendo el precio de reventa. El Tribunal Supremo declaró la nulidad, pero consideró que ello no eximía al concesionario del pago, pues se había beneficiado durante nueve años del abanderamiento de una compañía líder en el sector, y no mostró ningún interés en adaptar el contrato al nuevo Reglamento comunitario cuando el concedente se lo propuso. Por ello la mala fe del concesionario al alegar la nulidad en ese momento hizo que el Tribunal considerara correcto no eximirle del pago. En otro orden de cosas, la reciente STS, de 17 de julio de 2018, ha declarado nulo un complejo entramado contractual de

abanderamiento de gasolinera por superar el periodo temporal máximo permitido en la legislación comunitaria.

Otro de los aspectos que más litigios genera es el relativo a la terminación de los contratos de distribución. En el tráfico negocial, cuando se estipula la duración indefinida –o la posible falta de renovación al vencimiento cuando se pacta la duración determinada–, la inmensa mayoría de los contratos de franquicia y de concesión incorporan la cláusula de desistimiento libre (*ad nutum*), que permite a las partes denunciar unilateralmente el contrato en cualquier tiempo. Admitida la extinción de la relación contractual por virtud de la denuncia unilateral, un sector doctrinal mayoritario defiende la necesidad de tutelar al distribuidor, que es quien soporta las consecuencias del cese de la actividad, además de –durante la vigencia del contrato– los riesgos del ejercicio de esta facultad por parte del principal. Esta tutela se ha pretendido desde dos perspectivas. De un lado, con la exigencia de justa causa para dar por finalizada la relación contractual, debiendo en otro caso indemnizar el principal al distribuidor por los daños y perjuicios que ello le provoque.

Esta tesis ha sido admitida por el Tribunal Supremo a propósito de la concesión (entre otras, SSTS, de 26 de abril de 2002 y de 4 de julio de 2006), exigiendo la prueba de que tales daños se le hayan causado al distribuidor (SSTS, de 22 de junio de 1989 y de 17 de mayo de 1999), donde se recuerda que es doctrina reiterada que en los contratos de concesión pactados por tiempo indefinido “cabe resolución –*rectius*, extinción– unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si estos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho”. No obstante, el Tribunal Supremo ha negado este derecho en alguna ocasión, por entender que la larga duración del contrato impide hablar de perjuicio (SSTS, de 17 de diciembre de 1973 y de 27 de mayo de 1993), o que el respeto por parte del principal de la cláusula contractual que exigía preaviso impide reclamar indemnización al distribuidor (STS, de 28 de junio de 1998). La necesidad de preaviso, o notificación previa de una parte dirigida a la otra al objeto de comunicarle su intención de poner fin a la relación contractual, ha sido puesta de relieve por el TS en varias ocasiones (entre otras, SSTS, de 17 de mayo de 1999 y de 28 de enero de 2002).

Desde otra perspectiva, la protección del distribuidor se realiza reconociéndole el derecho a la compensación por clientela cuando su actuación durante la vigencia del contrato haya redundado en beneficio de la actividad del principal. Desde luego no nos hallamos ante un contrato de agencia, por lo que no sería aplicable la regulación de la LCAgencia. Sin embargo, materialmente se dan algunas de las razones que justifican la fijación por la Ley de una indemnización al agente: el distribuidor puede haber incrementado la clientela o los pedidos del concedente, los clientes por aquel fidelizados seguirán adquiriendo productos o servicios de este, etc. La jurisprudencia y la doctrina, por ello, concluyen en la procedencia de una indemnización si se ha incrementado la clientela, acudiendo en ocasiones a una aplicación puramente analógica de los criterios utilizados por el art. 28 LCAgencia (SSTS, de 20 de diciembre de 2005, de 15 de marzo de 2011, de 9 de julio de 2015, de 16 de marzo de 2016, de 19 de mayo de 2017, de 19 de diciembre de 2018, entre otras muchas).

Precisiones

De todas formas, como no existe una norma imperativa como la del contrato de agencia, se realizan precisiones que difieren de esta regla. Así, se admiten los pactos de renuncia previa a la indemnización, o de fijación previa de la misma (SSTS, de 30 de diciembre de 2010 o de 25 de abril de 2011), y el cálculo del máximo ya no puede hacerse sobre las comisiones del agente, sino sobre el beneficio obtenido por el distribuidor (el beneficio

neto, y no el margen comercial, STS, de 20 de mayo de 2009). Por otra parte, el plazo de prescripción de exigencia de esta indemnización no será el del año de la LCAgencia, sino el general de quince años (STS, de 16 de febrero de 2010). Por último, también habrá que tener en cuenta el mercado concreto en el que opera el distribuidor, pues, por ejemplo, en la distribución de automóviles es posible que el cliente esté más fidelizado por la propia marca que por la labor del distribuidor (SSTS, de 12 de junio de 1999 o de 4 de marzo de 2009).

6. Contratos societarios

6.1. Sociedad civil. Consideraciones generales

Conforme al art. 1655 CC “la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Se aprecia que el Código establece dos elementos esenciales como son el establecimiento de una masa común y el ánimo de lucro. Como se señala en los materiales de Grado, la mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia, consideran que no resulta estrictamente preciso que se aporten bienes (cabría aportar únicamente trabajo por cada socio), y que el ánimo de lucro puede no limitarse a la obtención de beneficios económicos, sino de cualquier ventaja patrimonial o personal.

Ejemplo

Por ejemplo, personas que forman una sociedad para disfrutar de un bien común, como una finca de recreo.

Hoy en día la sociedad civil es una figura residual, poco usada y relegada casi a lo anecdótico y a las relaciones familiares o puramente personales (salvo lo que luego se dirá sobre las “sociedades profesionales”). La inmensa mayoría de sociedades actualmente se crean como anónimas o de responsabilidad limitada, inscribiéndose como tales en el Registro Mercantil. El resto, si no están inscritas y actúan como sociedad, y tienen como objeto una actividad empresarial, serán “sociedades irregulares”, que se tratarán como colectivas (arts. 116 y ss. CCom y art. 39 LSC). Por lo tanto, el ámbito de las sociedades civiles se restringe a las que no están inscritas como anónimas o de responsabilidad limitada y no desarrollan una actividad mercantil. Incluso las “comunidades de bienes”, que en ocasiones son verdaderas empresas que actúan bajo la cobertura formal o nombre de “comunidad de bienes”, constituirán realmente una sociedad colectiva irregular, según opina toda la doctrina que ha estudiado esta cuestión. Como en otros casos, denominarse “formalmente” o actuar como “sociedad civil” no significa que sea aplicable el régimen de esta: si desarrolla una actividad empresarial, se le tratará como colectiva (en este sentido RRDGRN, de 1 de abril de 1997 o de 20 de abril de 2010); igualmente ocurre, en sentido contrario, con una comunidad de bienes que actúe dinámicamente -no para el simple uso y aprovechamiento del bien común- sin realizar una actividad mercantil (sería una sociedad civil, aunque el supuesto es poco más que de laboratorio).

Conforme al art. 1669 CC, no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esto es así porque son “sociedades internas”, solo con efecto entre socios, pero que externamente no actúan como unidad.

La gestión o administración de la sociedad corresponde, en principio, a todos y cada uno de los socios. Pero lo más común será, sin embargo, que se nombre uno o varios administradores que tomen las decisiones de gestión del día a día. En cuanto a la representación, la sociedad queda obligada por la actuación de las personas por ella apoderadas que actuaron en su nombre y dentro de los límites del poder (art. 1697 CC). Esa responsabilidad se extiende al patrimonio de los socios si no basta para satisfacer las deudas con el patrimonio social. En tal caso, la responsabilidad de los socios, según la jurisprudencia y la doctrina, es ilimitada y mancomunada (esto es, responde cada socio en proporción a la cuota de su aportación).

6.2. Sociedad civil profesional

Desde el 2007, la sociedad civil ha alcanzado una mayor relevancia porque es una forma válida de “sociedad profesional”, según la ley reguladora de estas sociedades (Ley 2/2007, de 15 de marzo, LSP) y, de hecho, no pocas sociedades profesionales se han constituido formalmente como civiles, e inscrito como tales en el Registro Mercantil (la inscripción se realiza en cuanto sociedades profesionales, porque por su condición de civiles no precisan de inscripción).

En efecto, la LSP ha optado porque la sociedad profesional pueda revestir cualquier forma (sociedad civil, colectiva, anónima, limitada, cooperativa, etc.), y los socios tienen que responder de las deudas sociales según la forma adoptada. En lugar de limitar este tipo de sociedades a alguna forma social concreta, se ha preferido dejar que los socios elijan la forma que consideren más conveniente, y si bien la mayoría se han constituido como sociedades de responsabilidad limitada, también un número relevante de ellas lo han hecho como civil. La sociedad profesional, con independencia de la forma que tenga (incluso sociedad civil o cooperativa), se tiene que inscribir en el Registro Mercantil (art. 8 LSP) y, además, en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio (art. 8.4 LSP).

Nos remitimos en este punto al módulo “Derecho societario”.

7. Contratos aleatorios

7.1. Consideraciones generales

Los contratos de riesgo o aleatorios son aquellos en los que la cuantía de la prestación, su misma existencia o algunas de sus características dependen por completo de la suerte (véase art. 1790 CC, que los cualifica porque una parte dé algo en equivalencia de lo que la otra ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto). En los materiales de grado se tratan como tales:

a) El contrato de alimentos, por el cual el alimentante, se compromete a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a otra persona, llamada alimentista, durante la vida de esta, y todo ello a cambio de la transmisión de unos bienes o derechos (art. 1791 CC).

b) El juego y la apuesta, que el tribunal supremo considera que dan lugar a obligaciones exigibles si se practican en lugares autorizados al efecto.

c) La renta vitalicia, contrato que obliga al deudor a pagar una pensión o rédito durante la vida de una o más personas, recibiendo a cambio un capital en bienes muebles o inmuebles (art. 1802 CC).

d) El contrato de seguro.

De todos ellos, el más común en la práctica, con gran diferencia, es el último, que además genera litigios constantes y es objeto de tratamiento diario en los despachos de abogados y en los juzgados. Por esa razón nos centraremos en este último, y además trataremos solo los aspectos que generan más litigiosidad.

7.2. Contrato de seguro: concepto y formalización

El art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, lo define como:

“aquel por el que 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”.

Mediante el mismo, el asegurado se previene ante un posible riesgo, de forma que en caso de que suceda el asegurador le indemnizará por el daño sufrido.

Cabe destacar que recientemente se ha derogado la norma que regulaba los requisitos de fundación y funcionamiento de las entidades aseguradoras, siendo la norma vigente la Ley de ordenación, solvencia y supervisión de entidades aseguradoras y reaseguradoras, Ley 20/2015, de 14 de julio (LOSSEAR), que también ha modificado algún aspecto relevante de la Ley de contrato de seguro. Las entidades aseguradoras pueden revestir la forma de sociedad anónima, sociedad anónima europea, mutua de seguros, sociedad cooperativa, sociedad cooperativa europea o mutualidad de previsión social; además, podrán realizar la actividad aseguradora las entidades que adopten cualquier forma de derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas (art. 27 LOSSEAR).

La Ley de Contrato de Seguro se adelantó a su tiempo, siendo una de las primeras normas que defendió a la que consideraba “parte débil”, el tomador. Resulta de gran importancia práctica el conjunto de reglas recogidas en el art. 3 LCS: las condiciones generales del contrato deben redactarse de forma clara y precisa; las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado se destacarán de modo especial y deberán ser especialmente aceptadas por escrito (y esto lo deberá probar el asegurador); y debe darse una copia del contrato al asegurado. Pese a la alta imprecisión del concepto de “cláusula limitativa”, que se desarrolla en el material de grado, la norma ha servido para proteger al tomador/asegurado frente a cláusulas oscuras y frente a cláusulas limitativas que no hayan sido destacadas y aceptadas expresamente. En efecto, en muchos casos de ocurrencia del siniestro asegurado, la compañía aseguradora esgrime alguna cláusula de exclusión contenida en las condiciones generales. Ante esta alegación la estrategia procesal del reclamante puede ser la siguiente:

a) Exigir al asegurador que pruebe que entregó un ejemplar del contrato al tomador (para ello, también es relevante que el propio tomador no haya aportado ese ejemplar con su demanda, pues entonces estaría acreditando que lo recibió).

b) Si el asegurador prueba eso, cabría alegar oscuridad en la cláusula (véase, por ejemplo, STS, de 1 de julio de 2015, que consideró oscura una cláusula que exigía para la cobertura que el accidente se produjera con motivo de la circulación del vehículo asegurado, y estimó que la muerte de la conductora, causada cuando se bajó del vehículo para comprobar los daños ocurridos al mismo, estaba cubierta por el seguro).

c) Si la cláusula es clara, cabe alegar que es limitativa, y entonces para vincular a la parte debería estar resaltada, y aceptada expresamente. La alta imprecisión del concepto de cláusula “limitativa” de hecho ha dado lugar a una amplia defensa del tomador, pues aunque tales cláusulas son válidas, para vincular se exige ese resalte (que normalmente se realiza poniendo las cláusulas referidas en negrita) y la aceptación expresa (que, según la jurisprudencia, exige una

segunda firma, independiente de la suscripción del contrato, y referida específicamente a la aceptación de las cláusulas limitativas, véanse últimamente SSTs, de 14 de julio de 2015 y de 3 de junio de 2016).

La reciente STS, de 14 de julio de 2015, reiterando jurisprudencia constante, señala que entre las cláusulas delimitadoras del riesgo “se encuentran aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza (SSTs, de 25 de octubre de 2011, de 20 de abril de 2011, de 18 de mayo de 2009, de 26 de septiembre de 2008 y de 17 de octubre de 2007). Son limitativas de los derechos del asegurado las que restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que se ha producido el riesgo (SSTs, de 14 de junio de 2007, de 30 de diciembre de 2005 y de 26 de febrero de 1997, entre otras). No siempre las diferencias entre unas y otras aparecen en las cláusulas con la claridad suficiente, calificándose de limitativas de derechos las que limitan sorprendentemente el riesgo (STS, de 25 de noviembre de 2013)”.

El art. 73 LCS considera “cláusulas limitativas”, dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, a ciertas cláusulas que limitan la cobertura a que la reclamación del perjudicado se produzca en un tiempo concreto, con una serie de límites. La STS 25.07.1991 determina que una cláusula que varíe la carga de la prueba acerca de la causación dolosa del incendio (prueba que corresponde a la aseguradora) sería cláusula limitativa de los derechos del asegurado. La STSJ Navarra, de 28 de junio de 2000, considera cláusula limitativa la que condicionaba la cobertura del seguro de transporte a la estancia del vehículo en locales cerrados o custodiados ininterrumpidamente. La STS, de 18 de septiembre de 1999, estima que es cláusula limitativa la que determina que el seguro de responsabilidad civil no cubre los daños causados a los asalariados y socios del asegurado, así como la que excluye los daños causados por la falta de adopción de medidas de seguridad en el trabajo. La STS, de 9 de noviembre de 1990, considera cláusula limitativa la que excluía los accidentes causados por imprudencia grave del asegurado. La STS, de 20 de abril de 2009, afirma que, una vez establecido que la cobertura del contrato es la invalidez temporal o permanente o la muerte que se produzca como causa de un accidente, sin ningún otro matiz, la cláusula contenida en las condiciones generales que restringe la cobertura para el supuesto que la invalidez se compruebe y fije en el término de un año desde el accidente es limitativa. La STS, de 29 de enero de 2019, estima limitativa la cláusula “sorpresa” que, en un seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital, excluía la responsabilidad por impago de impuestos, una responsabilidad relativamente común que es lógico que se encuentre en la previsión de quien concierta el seguro.

Es cláusula limitativa la que, en un seguro multirriesgo hogar, excluye los daños causados por “las personas que se hallen dirigiendo o realizando trabajos de reparación o decoración en la propiedad de los bienes cubiertos por esta póliza” (STS, de 17 de septiembre de 2008); la que, después de determinar en las condiciones particulares como riesgo los daños materiales al continente y contenido del edificio siniestrado con unos límites cuantitativos, en las condiciones generales se reducía tal cobertura a los supuestos de lluvia o viento no superiores a unas determinadas medidas (STS, de 1 de octubre de 2010); que en un seguro voluntario de automóviles se excluya la responsabilidad de la compañía en los supuestos de conducción bajo los efectos del alcohol (en cuyo caso, la compañía podrá repetir el pago contra el tomador del seguro) (SSTs, de 12 de febrero de 2009 y de 16 de febrero de 2011), e igualmente la que excluye la cobertura de accidentes por esa causa en seguros de accidentes (SSTs, de 7 de julio de 2006 y de 13 de noviembre de 2008).

La STS, de 7 de julio de 2003, calificó como cláusula delimitadora y excluyente la que excluía los daños causados por la obsolescencia de los elementos constructivos. Es cláusula delimitadora la que determina, dentro de las condiciones generales, que la suma asegurada para el caso de invalidez parcial es de 1.500.000 pesetas (STS, de 11 de febrero de 2009). “Pero debe señalarse que las cláusulas de las condiciones generales en las que se excluyen los accidentes sufridos por el asegurado como conductor o pasajero de una motocicleta han de ser consideradas como delimitadoras del riesgo cubierto por el seguro y no como limitativas de derechos del asegurado” (STS, de 29 de abril de 2009, que cita en igual sentido la STS 30 marzo 2007). Es cláusula delimitadora, en un contrato multirriesgo respecto de un edificio, la que excluye las pérdidas o daños producidos directa o indirectamente por error de diseño y de asentamiento de los terrenos (STS, de 7 de enero de 2010). Es cláusula delimitadora que “el riesgo cubierto no comprendía los daños que se causaran como consecuencia de cualquier lluvia o anomalía meteorológica, sino tan solo los daños causados a causa de la lluvia o de fenómenos meteorológicos que

no fueran previsibles en el lugar de la obra y en la época del año en la que esta se llevaba a cabo” (STS, de 20 de abril de 2011).

7.3. Obligaciones generales de las partes

El deber de declaración del riesgo es uno de los fundamentales que corresponden al tomador, pues con base en esa declaración y en la delimitación del riesgo se determinará la posibilidad mayor o menor de que ocurra, y con ello también el precio de la prima. Conforme a la Ley, este deber se convierte en una obligación de “respuesta al cuestionario” redactado por el asegurador: una contestación veraz es suficiente, de forma que “no contar lo que no se pregunta” no es “falsedad” ni “ocultación”, sino más bien una mala redacción del cuestionario, que debe soportar el asegurador. Por ende, si no existe cuestionario, el tomador queda exonerado del deber de declaración del riesgo. Al asegurador compete, por lo tanto, elaborar un cuestionario completo y detallado, pues es quien más conoce qué aspectos resultan fundamentales para determinar el riesgo; si renuncia a ello, no puede exigirle al tomador una diligencia que aquel no ha tomado.

La STS, de 21 de enero de 2019, recoge la jurisprudencia sobre esta materia, y considera que existió declaración dolosa del tomador, y “aunque la enfermedad causante de la muerte del asegurado (cáncer de pulmón) fue diagnosticada en febrero de 2009, mucho después de la suscripción de la póliza y la cumplimentación del cuestionario, y no figuraba entre las patologías por las que fue preguntado de forma específica, lo determinante para apreciar la infracción dolosa de su deber de declarar el riesgo es que también en este caso concurrían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para su valoración, siendo el más relevante de todos ellos el gran consumo de tabaco, conscientemente negado, puesto que a nadie escapa la notoria relación que existe entre el consumo de tabaco (y más con esa intensidad) y el cáncer de pulmón y, además, varios años antes de suscribir la póliza y responder al cuestionario el asegurado había sufrido un neumotórax y se le había prescrito que dejase de fumar”.

El pago de la indemnización procede si ha ocurrido el siniestro asegurado, el contrato es válido y mantiene su cobertura. El art. 18 LCS establece, en primer lugar, que:

“El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo”.

Para incentivar un “pronto pago” la Ley establece unos plazos muy cortos: el asegurador debe pagar, en cuarenta días, “el importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias por él conocidas”; y el resto deberá pagarse en los tres meses siguientes al siniestro. Por supuesto, si en esos tres meses aún no se ha determinado exactamente el importe del año (por ejemplo, porque hay secuelas o lesiones no consolidadas), habrá que pagar lo conocido hasta ese momento, y sucesivamente el importe de los daños y secuelas conforme se vayan determinando. Tanto la demora en el pago de lo mínimo, en cuarenta días, como del resto, supone mora del asegurador.

Régimen de la declaración inexacta

El régimen de la declaración inexacta varía en los seguros de vida, en los cuales el art. 89 establece la llamada “cláusula de incontestabilidad”: pasado un año desde la celebración del contrato, salvo que exista dolo del tomador, ya no cabrá resolver aunque haya existido falsedad. De esta forma, por ejemplo, las agravaciones de estado de salud, los hechos que no se conocían perfectamente, etc. no constituirán falsedad.

Para sancionar la mora, la Ley impone un interés de mora especial: durante los dos primeros años, el interés legal del dinero incrementado en el cincuenta por ciento; y pasados dos años, el interés así calculado no podrá ser inferior al 20%. Este interés, además, se impondrá por el tribunal de oficio, aunque no lo pidan las partes (art. 20.4.º LCS). Si bien el fijado para los dos primeros años no resulta disuasorio, el del 20% sí. Pese a ello, es bastante frecuente la mora del asegurador, a menudo porque tiene el capital invertido a un interés tan alto que no le merece la pena desinvertirlo para pagar una indemnización, aunque esta se incremente en el interés legal más un 50% (hablamos aquí de razones de la mora puramente económicas, porque obviamente las consideraciones morales impiden justificar cualquier mora). En este punto, la Ley establece una regla que ha dado lugar a la interpretación de los tribunales: no existe mora “cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable” (art. 20.8.º LCS). Esta regla a menudo se ha utilizado por las aseguradoras para alegar que si existe un litigio para determinar la indemnización, ha habido justificación que impide la morosidad. El Tribunal Supremo ha concluido que no todo litigio supone una “causa justificada” para el impago: caso por caso habrá que ver si la oposición al pago por la aseguradora que generó el litigio fue o no justificada, o una simple maniobra infundada.

Estrategia procesal

La doctrina del Tribunal Supremo ha sido pendular, pero actualmente se decanta por ser muy restrictiva a la hora de estimar la concurrencia de la justificación para negarse al pago: “[...] y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 julio 2010). Del mismo modo, no merece tampoco para la doctrina de esta Sala la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación (SSTS de 1 julio 2008, 1 octubre 2010, y 26 octubre 2010). En relación con esta última argumentación, la jurisprudencia más reciente declara que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (SSTS de 4 junio 2006, 9 febrero 2007, 14 junio 2007, 2 julio 2007, 16 noviembre 2007, 29 septiembre 2010, 1 octubre 2010)” (STS 31 enero 2011. Últimamente véanse las SSTS, de 24 de abril de 2014, de 22 de mayo de 2014, de 3 de marzo de 2015, de 17 de febrero de 2015 y de 24 de mayo de 2016, que valoran si hubo consignación, y su cuantía, para considerar si la mora estaba justificada por el pleito posterior).

El contrato de seguro no cubre, lógicamente, los siniestros causados por mala fe del asegurado (art. 19 LCS). En el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, la propia ley reguladora determina que la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas no exime al asegurador de tener que indemnizar al tercero perjudicado, pero después podrá repetir del conductor. En los seguros de retirada de carné de conducir, la norma citada ocasiona la duda de

si el seguro cubre la retirada de carné ocasionada por la alcoholemia del asegurado, pues en tal caso el siniestro podría considerarse causado, o al menos aceptado, por el asegurado.

Estrategia procesal

A favor de considerar que existirá cobertura, SAP Vizcaya (Secc. 4.ª) 6 abril 2005; en contra, opinando que “El Código civil si bien es cierto que en el art. 1255 determina la libertad contractual no lo es menos que pone un límite a lo que las partes pueden convenir y lo es que lo pactado no sea contrario a las leyes a la moral o al orden público, siendo así que en el art. 1271 del mismo Código civil se prevé que pueden ser objeto de contrato todos los servicios, con el límite de que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Parece obvio que el entender que se pacta la cobertura aseguradora del resultado de la sanción derivada de un delito doloso —es decir cuya comisión es querida o cuando menos representada por el sujeto contraviene cualquier principio ético o de buena fe— y, en consecuencia, hemos de entender que acierta el Juzgador que desestima la pretensión del demandante”, SAP Lugo (Secc. 2.ª), 28 mayo 2002.

7.4. Seguros de daños

En los seguros de daños se cubren, como regla general, los daños materiales causados a los bienes asegurados, que son daños objetivos y cuantificables. Esto produce que existan dos principios generales que los diferencian de los seguros de personas (en los que se cubren daños personales: dolor, lesiones, muerte, etc., que no son cuantificables). Así, en primer lugar, rige la subrogación del asegurador.

Observación

El asegurador, una vez pagado el asegurado, se subroga en las acciones que este pueda tener contra el causante del daño (art. 43 LCS). Esto es así porque el asegurado ya no puede reclamar al causante (pues ha quedado indemne), pero este tiene que seguir respondiendo por el daño causado. Además, con ello, como el asegurador podrá recuperar la indemnización satisfecha, también podrá abaratar el coste de la prima. En los seguros de personas no rige este principio, porque el perjudicado nunca queda “indemne”. Téngase en cuenta que en los seguros de responsabilidad civil esto supone que la aseguradora indemnizará al perjudicado, pero luego podría repetir el pago incluso del tomador o asegurado causantes del daño, según lo pactado (véase, por ejemplo, la STS de 17 de noviembre de 2015, repetición contra el asegurado que estaba embriagado cuando tuvo el accidente).

En segundo lugar, rige el principio indemnizatorio. Este establece que el seguro no puede suponer un enriquecimiento injusto del asegurado, de forma que se le pagará el daño efectivo sufrido, pero nada más. De acuerdo con ello se establecen una serie de distinciones en función de la relación entre la suma asegurada (la cuantía por la que se aseguró el interés) y el interés.

a) Si la suma asegurada es superior al interés (casa que vale 100 y se asegura por 150), existe sobreseguro, y en caso de daño se pagará el valor del interés (del daño real), y no de la suma asegurada. El tomador ha pagado una prima excesiva.

b) Si la suma asegurada es inferior al interés (casa que vale 100 y se asegura por 60), existe infraseguro, y en caso de daño se satisfará en la misma proporción que existe entre interés y suma asegurada (en el ejemplo, se pagará un 6/10 del daño real).

c) Si la suma asegurada e interés coinciden, existe seguro pleno, y en caso de daño se pagará el daño real sufrido.

Para evitar la aplicación de estas reglas, las partes pueden pactar las llamadas “pólizas estimadas”, en las que fijan de forma incontestable que la suma asegurada es el valor del interés (art. 30.2 LCS. Se suele aplicar, por ejemplo, en supuestos de difícil valoración del bien, como obras de arte, o bienes de alto valor sentimental). De tal forma, en los casos de daño se aplicaría la regla del seguro pleno.

La cuantía de la indemnización dependerá del daño real sufrido en el objeto, y de la relación entre suma asegurada e interés antes referida. Si existe acuerdo amistoso de las partes acerca del valor de la indemnización, se está al mismo. A falta de tal acuerdo, las partes pueden seguir un procedimiento especial que establece el art. 38 LCS, basado en informes periciales, o acudir a un procedimiento judicial. A estos efectos, la Ley considera que incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos, pero que el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces (art. 38.2 LCS). Un comercio que ha sufrido un incendio, por ejemplo, podría aportar indicios, a través de los pedidos realizados en los últimos tiempos, de cuál era el valor de las mercancías existentes.

De entre los diversos seguros de daños previstos en la Ley (para cuyo tratamiento remitimos a los materiales de grado), el que plantea más problemas técnicos es el de responsabilidad civil (arts. 73-76 LCS). Cubre el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños causados por hechos previstos en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Es muy común para el ejercicio de actividades profesionales, que pueden ocasionar daños personales o materiales a las contrapartes (por ejemplo, seguro de responsabilidad profesional de médicos, abogados, etc.). El perjudicado tiene una acción directa contra el asegurador (art. 76 LCS), de forma que podrá reclamarle sin necesidad de reclamar antes, ni a la vez, judicialmente al causante del daño. El asegurador podrá luego repetir contra el tomador, o el causante del daño, si este fue causado por dolo.

Normalmente, se cubren los daños causados durante el tiempo de cobertura del seguro, aunque se exterioricen una vez terminado este (por ejemplo, el seguro que tenía el médico en el 2010 cubre los daños causados por operaciones

STC 1/2018

La STC 1/2018, de 11 de enero, ha declarado nulo el art. 76 e) LCS, que considera que el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro, porque con ello somete obligatoriamente a arbitraje al asegurador, sin tener por ello en cuenta el aspecto básico contractual del arbitraje y el derecho a la tutela judicial.

realizadas en ese periodo, aunque las lesiones aparezcan en el 2011). Pero cabe pactar límites a esta regla, como cláusulas limitativas –véase lo dicho anteriormente–, y dentro de los márgenes que permite la Ley.

Así, por ejemplo, cabe pactar que solo se cubren las reclamaciones del perjudicado que tengan lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación del contrato (véase art. 73.2 LCS). La STS, de 26 de abril de 2018, ha declarado que el párrafo segundo del art. 73 regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro - inciso segundo- no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro.

Un seguro específico de responsabilidad civil es el obligatorio de automóviles, regulado en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, RDLtvo 8/2004. Es un seguro obligatorio para todo titular de un vehículo, que cubre daños a terceros con unos límites cuantitativos. El tomador puede ampliar las coberturas, y añadir otras al obligatorio (daños al automóvil, daños al conductor, etc.). Hay que recordar que en supuestos de accidentes de automóvil, exista o no seguro, las lesiones personales, muerte e invalidez se cuantifican según un baremo obligatorio incluido en esta Ley, que se actualiza anualmente, y cuya vinculación a los órganos judiciales – con alguna excepción– ha sido avalada por la STC 181/2000 de 29 de junio, RTC 2000/181. Este baremo además se utiliza comúnmente (aunque ya no como obligatorio, sino como orientativo) para valorar la cuantía de lesiones y secuelas en otros litigios (civiles, penales, etc.). El baremo ha sido ampliamente reformado, con nuevos conceptos y formas de determinar la cuantía de la indemnización, y con una actualización de esas cuantías, por la Ley 35/2015, de 23 septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

7.5. Seguros de personas

En los seguros de personas no rigen los dos principios generales que vimos en los de cosas. La indemnización que recibe el perjudicado nunca compensa el daño real sufrido, que es un daño personal (dolor, lesiones, incapacidad, pérdida de un ser querido, etc.) y por tanto, no cuantificable. Por ello, el perjudicado podrá reclamar al causante del daño la indemnización que corresponda, pues la que ha recibido no le ha dejado indemne. Igualmente, no se aplica el principio indemnizatorio, pues reciba la suma que reciba, nunca colmará el daño sufrido.

El seguro de vida en realidad se desdobra o puede cubrir dos contingencias distintas: la muerte del asegurado, o la supervivencia (esto es, se le paga una cantidad a partir de una determinada edad, lo que normalmente se llama seguro de jubilación), o ambos aspectos. El seguro de muerte cubre, salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado a partir del transcurso de un año del momento de conclusión del contrato (véase STS de 21 de julio de

Observación

Precisamente por ello, estas reglas no se aplican en seguros de personas que en realidad cubren el coste de objetos materiales, y que en este sentido son seguros mixtos. Así, respecto de los gastos de asistencia sanitaria, la Ley reconoce expresamente que el asegurador sí puede subrogarse (art. 82 LCS), e igualmente se aplicaría el principio indemnizatorio.

2016). En los seguros de vida, el tomador tiene la facultad unilateral de desistir del contrato sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha de entrega de la póliza [art. 83.a) LCS].

El seguro de accidente cubre la lesión corporal que deriva de “una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte” (art. 100 LCS). De esta forma el accidente es distinto a la enfermedad, que es una dolencia que proviene del propio cuerpo del perjudicado. Es muy común que en estos seguros se excluya la cobertura en los supuestos de practicarse deportes o actividades de alto riesgo, como el submarinismo o la ascensión de alta montaña.

Estrategia procesal

Aquí la cuestión que más problemas causa es la delimitación como accidente de supuestos que, como la muerte por infarto, pueden ser debidos a un accidente (un hecho externo, como la angustia causada por hechos externos o por estrés, o un exceso de ejercicio) o a una enfermedad (un corazón débil, por ejemplo). La jurisprudencia, por lo general, considera que si acredita que el infarto se debió a un hecho externo, sería accidente (y estaría cubierto por el seguro de accidentes), pero tal prueba corresponde al beneficiario que así lo pretende. Últimamente véase la STS, de 18 de diciembre de 2015, que muestra el carácter restrictivo con el que ahora se admite calificar como accidentes los fallecimientos causados por el desgaste corporal.

En el art. 105 LCS se contemplan dos seguros distintos. El de enfermedad cubre los gastos que ocasione una enfermedad (el pago de ciertas sumas –por ejemplo, una cantidad alzada diaria por cada día de hospitalización, o de baja laboral– y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica, dice la Ley). En cambio el de asistencia sanitaria supone que es el propio asegurador, en concierto con entidades médicas, quien presta tal asistencia al beneficiario. Se trata de seguros mixtos de personas y daños, pues en parte se refieren a daños personales, y en parte a costes objetivos –coste de la asistencia médica, de los fármacos, etc.

La LOSSEAR ha introducido los arts. 106 bis, 106 ter y 106 quáter LCS, que regulan los seguros de decesos y de dependencia. Se trata de seguros mixtos, de daños y de personas. Estas modalidades de seguro ya se conocían en la práctica aseguradora, y la Ley establece límites a favor del tomador y asegurado. Tanto en estos seguros como en los de asistencia sanitaria, el asegurado debe tener libertad de elección del prestador de servicio, con unos límites fijados en la Ley.

Por el seguro de decesos el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a prestar los servicios funerarios pactados en la póliza para el caso de que se produzca el fallecimiento del asegurado. Si el coste del servicio prestado por el asegurador es inferior a la suma asegurada, el exceso corresponderá al tomador o, en su defecto, a los herederos. Por el seguro de dependencia el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Se entien-

de por situación de dependencia la prevista en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La prestación del asegurador podrá consistir en el pago de un capital o una renta; en el reembolso de los gastos derivados de la asistencia; o en garantizar al asegurador la prestación de los servicios de asistencia.

8. Contratos en la *litis*

8.1. La transacción

Como establece el art. 1809 CC, “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado”. Se trata, por lo tanto, de que dos o más personas entre las que existe alguna discusión jurídica llegan a un acuerdo para solucionar, o para evitar, la disputa. Es un acuerdo extrajudicial (aunque se puede judicializar, como veremos) para evitar, o para poner fin, a un pleito judicial o arbitral.

Normalmente, la transacción supone que ambas partes renuncian a obtener una satisfacción íntegra de lo que consideraban como su derecho, de forma que prefieren una satisfacción parcial negociada que mantener un pleito, con el coste de tiempo y dinero y la inseguridad que ello supone. Pero lo relevante no es que la satisfacción sea parcial, ni total, ni siquiera de algún valor. Basta el acuerdo de las partes para impedir que sobre esa cuestión se plantee un litigio o discusión posterior, con independencia de qué haya obtenido cada parte con la transacción. De hecho, el Tribunal Supremo ha admitido que la transacción puede tener como prestaciones “sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico” (SSTS, de 6 de noviembre de 1993 o de 20 de diciembre de 2000). El hecho, además, de que existan concesiones recíprocas hace que la transacción no se pueda considerar una “renuncia” de derechos únicamente, sino un acuerdo por el que ambas partes consideran que obtienen lo suficiente como para excluir un litigio entre ellas respecto de determinado asunto. Por eso, la STS, de 11 de octubre de 2000, establece que la transacción supone “renuncias de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos”.

Como este contrato supone disposición de los derechos, la Ley exige ciertas garantías en cuanto a la capacidad o a la autorización. Así, para transigir sobre bienes y derechos de los hijos bajo patria potestad se aplican iguales reglas que para enajenarlos (art. 1810 CC, véase art. 166 CC); el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el Código (art. 1811 CC, véase art. 271.3.º CC); y las corporaciones solo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes (art. 1812 CC). Además, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros (art. 1814 CC). Esta última regla ha sido matizada por el Tribunal Supremo,

que ha admitido transacciones que afecten a consecuencias puramente patrimoniales derivadas del estado civil, que no afectan al orden público (SSTS, de 4 de diciembre de 1985 o de 31 de enero de 1985).

Como la transacción supone un acuerdo que pone fin a una disputa jurídica, el art. 1816 CC establece que “tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada”. Esto no quiere decir, por supuesto, que tenga los efectos de cosa juzgada propios de una sentencia judicial, pero sí que las partes no pueden luego pleitear sobre esas cuestiones; es un acuerdo obligatorio. Por eso “no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, [...] los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción” (STS, de 30 de enero de 1999, entre otras muchas con igual sentido). Esto no impide que, como todo contrato, si el acuerdo transaccional padeció algún vicio de voluntad podrá ser impugnado por tal razón (art. 1817 CC, que sin embargo añade que no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que esta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado); y si se incumple por alguna de las partes, la otra podrá resolverlo *ex art.* 1124 CC. Además, el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe (art. 1818 CC).

El acuerdo transaccional no es un título ejecutivo, obviamente. Como todo contrato, si una de las partes no quiere cumplirlo deberá ser demandada, y la sentencia firme que ponga fin a ese pleito sí constituirá título ejecutivo. Si las partes quieren obtener mayores garantías pueden acudir a la “homologación judicial” de la transacción, prevista en los arts. 19.2 y 415.2 LEC, y esta sí será título ejecutivo (véase art. 517.2.3.º LEC).

8.2. El convenio arbitral

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden que los litigios entre ellas, bien sobre disputas actuales o futuras en una materia, serán sometidos a arbitraje, y de ellos no conocerán por lo tanto los órganos jurisdiccionales. El convenio puede incluirse, por ejemplo, en un contrato, previendo que las cuestiones que surjan del mismo se someterán a arbitraje; o puede realizarse entre dos personas que discuten una cuestión actual. Esta materia se encuentra regulada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LArbitraje), que sigue de cerca la Ley modelo de UNCITRAL aprobada en 1985. Las partes pueden decidir que el arbitraje sea de derecho o en equidad; pero en caso de falta de expresión de este aspecto, el arbitraje será de derecho (art. 34.1 LArbitraje: “Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”).

Como límite general, “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” (art. 2.1 LArbitraje). El hecho de que una cuestión se rija por normas de derecho imperativo no impide que sea sometida a arbitraje, siendo conclusión mayoritaria de la jurisprudencia que solo será inválida tal sumisión cuando la decisión que recaiga no afecte exclusivamente a las partes del convenio, sino a terceros, o al interés o al orden público. Así, se admiten arbitrajes en materia de impugnación de acuerdos sociales de sociedades de capital (SSTS, de 18 de abril de 1998 o de 9 de julio de 2007) y de arrendamientos urbanos (AsAP Madrid, Secc. 14.ª, de 27 de octubre de 2010, o Secc. 10.ª, de 15 de diciembre de 2010).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que es abusiva (y nula) la cláusula no estipulada individualmente, siendo una de las partes consumidor, de sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 TRLGDCU. Véase también art. 9.2 LArbitraje). Esta norma se ha aplicado en numerosas ocasiones, pues incluso se dan supuestos en los que el predisponente de las cláusulas, ante una disputa con el consumidor, acude a arbitraje y obtiene un laudo; el consumidor podrá luego impugnar tal laudo por “nulidad del convenio arbitral” [art. 41.1.a) LArbitraje], dado que se contenía en una cláusula abusiva (véase, por ejemplo, SAP Asturias, Secc. 7.ª, de 16 de febrero de 2012). Por ende, si el convenio arbitral se incluye como cláusula en un contrato de adhesión, deberá interpretarse en caso de oscuridad en contra de la parte predisponente (STS, de 27 de junio de 2017, que por ello consideró que el sometimiento a arbitraje de cuestiones relativas a la “interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del Contrato Marco de Operaciones Financieras” no incluía la anulación por error vicio del contrato *swap* y del contrato *put* concertados en el ámbito de dicho contrato marco).

Cuando las partes han celebrado un convenio arbitral válido, las disputas surgidas en el ámbito pactado deberán someterse a arbitraje. Si una de ellas acudiera a la jurisdicción ordinaria, la contraparte podría invocar el convenio arbitral mediante declinatoria (arts. 11.2 LArbitraje, y 39 y 63 a 65 LEC).

El laudo arbitral es tan válido, y causa la misma cosa juzgada, que una sentencia judicial, y es título ejecutivo (art. 517.2.2.º LEC). De singular importancia es destacar que el laudo no es susceptible de un recurso de apelación, ni de una segunda instancia. Los únicos recursos que caben son los de anulación y de revisión, que tienen un alcance muy diferente al de apelación. El recurso de anulación no permite, como regla general, revisar las cuestiones de fondo decididas por el árbitro, puesto que las causales de tal recurso se refieren más bien a cuestiones formales (por ejemplo, nulidad del convenio arbitral, como la señalada antes en materia de consumidores). El único motivo de fondo alegable es la contrariedad del laudo al “orden público” [art. 41.f) LArbitraje], pero obviamente está pensado no para cualquier infracción de normas, ni siquiera imperativas, sino para la contrariedad al orden público en sentido restrictivo. En cuanto al recurso de revisión, solo cabe conforme a lo establecido

en la LEC para las sentencias firmes (art. 43 LArbitraje. Esto es, si aparecen nuevos documentos decisivos no tenidos en cuenta, o los decisivos han sido declarados falsos después, o el arbitraje se ganó injustamente por cohecho, violencia o maquinación fraudulenta, etc., véase art. 510 LEC).

Estrategia procesal

Los motivos del recurso de anulación son: que el convenio arbitral no exista o no sea válido; que no haya sido debidamente notificada la parte de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la LArbitraje, o a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a la Ley; que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; y que el laudo sea contrario al orden público (art. 41.1 LArbitraje).

Ejercicios de autoevaluación

1. A envía por correo electrónico una oferta de venta a B, que a su vez acepta por medio de otro correo electrónico. Ni A ni B disponen de "firma electrónica reconocida". Ante la inactividad de A, ¿puede reclamar algo B?

- a) No, porque no tiene forma alguna de probar la remisión del correo.
- b) Sí, porque el consentimiento por ese correo electrónico es tan válido como una firma manuscrita.
- c) No, porque no ha existido consentimiento alguno, ya que los correos electrónicos no son válidos para incorporar un consentimiento.
- d) Sí, porque puede probar que se envió el correo, aunque no pueda acreditar el contenido.

2. Prudencio, actuando como consumidor, ha comprado por Internet una impresora. Antes de que llegue, aprovecha una buena oferta y compra otra de segunda mano. Cuando le llega la que ha comprado por Internet, nos plantea si la puede devolver.

- a) Sí, pero puede ser que se tenga que hacer cargo de los costes de devolución.
- b) No podrá devolverla, ya que la ley no puede amparar un cambio caprichoso de parecer.
- c) Depende de que el vendedor conceda un «derecho de desistimiento» o un plazo de devolución al comprador.
- d) Podrá devolverla, sin soportar gastos ni coste alguno.

3. Pedro es ganadero y cría corderos y ovejas. Vende una partida de corderos al matadero Escorxador, que los sacrificará y después los venderá a unas cuantas carnicerías. La venta entre Pedro y Escorxador es...

- a) mercantil, porque ambas partes son empresarios (de ganadería y de alimentación).
- b) civil, porque Pedro es un ganadero.
- c) civil o mercantil en función de que Escorxador efectivamente logre vender los corderos sacrificados.
- d) mercantil, porque Escorxador compra para revender, y busca con ello ánimo de lucro.

4. La empresa Empresa compra un equipo informático en la tienda Informática. Al cabo de un tiempo la policía se pone en contacto con Empresa, porque el equipo informático había sido robado al fabricante, cosa que se acredita por el número de bastidor del equipo. ¿En qué situación queda Empresa?

- a) Podrá quedarse el bien pagando su precio al propietario desposeído.
- b) Deberá entregar el bien al propietario, y reclamar a Informática, que responderá por evicción.
- c) Como ha comprado el bien en un establecimiento abierto al público, lo ha comprado de manera irreivindicable, y no lo tiene que devolver.
- d) El propietario robado podrá exigirle la entrega del bien si paga el precio que Empresa satisfizo a Informática.

5. María y Juan han comprado un coche para uso familiar (no lo usan para la actividad laboral, porque normalmente los dos van al trabajo en transporte público). Al cabo de nueve meses desde la entrega advierten que el coche no funciona adecuadamente (no llega a la velocidad normal, hace sacudidas al acelerar, etc.). ¿Pueden reclamar contra el vendedor?

- a) No, porque el plazo para reclamar por vicios ocultos es de treinta días.
- b) No, porque el plazo para reclamar por vicios ocultos es de seis meses.
- c) Depende del plazo de garantía que hayan pactado con el vendedor.
- d) Sí, porque disponen de un plazo de dos años desde la entrega para reclamar por los defectos originarios.

6. Lucía ha comprado un coche al concesionario de Cotxes. Cuando el concesionario ya ha matriculado el vehículo destinado a Lucía, el día antes de la entrega una gota fría, del todo inesperada e inevitable, inunda los almacenes de Cotxes, y deja inservible el vehículo destinado a Lucía. En la guarda del bien, no ha habido ninguna culpa de Cotxes. ¿Tiene Lucía que pagar el coche?

- a) No deberá pagar, ya que el coche está inservible.

- b) Sí, tendrá que pagarlo puesto que la tienda ha hecho todo lo posible para entregar, y la pérdida se debe a fuerza mayor.
- c) Tendrá que pagar la mitad, ya que la pérdida se reparte a partes iguales entre las dos partes del contrato, puesto que ninguna tuvo culpa de la pérdida.
- d) Depende: si la compra es civil, tiene que pagar el coche; si es mercantil, no lo tiene que pagar.

7. La empresa X vendió un coche a Pedro, que lo usa para uso propio. Pactaron un pago a plazos durante dos años y una reserva de dominio hasta haber pagado todos los plazos. Después de un año, un acreedor de Pedro embarga el coche para poder satisfacer el crédito. La empresa X nos pregunta si puede hacer algo para impedir la continuación del embargo.

- a) Sí que puede hacer algo, si el contrato se inscribió en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- b) Sí podrá, ya que se pactó una reserva de dominio, y esto implica que no ha dejado de ser propietaria.
- c) No podrá en ningún caso, ya que el pacto de reserva de dominio es un acuerdo interno entre comprador y vendedor.
- d) El embargo seguirá su curso, pero el vendedor tendrá un derecho de preferencia –para cobrar los plazos que faltan– antes que el acreedor que instó el embargo.

8. Juan, que es viudo y tiene vecindad civil común, tiene bienes por valor de 900. En un momento dado, entrega 700 a Pilar, monja adscrita a la parroquia, para que destine el dinero como donación a ayuda a los necesitados. Al cabo de poco tiempo se muere Juan, y deja un patrimonio de 200. Los hijos de Juan nos preguntan si pueden rescindir la donación a Pilar, que ha menguado sensiblemente su herencia.

- a) No, porque Juan es libre de dar bienes, y los hijos ya tenían bienes propios suficientes para subsistir.
- b) Sí, podrán reclamar la devolución de los 700, ya que Juan no puede disponer libremente de los bienes.
- c) No, porque Pilar ya aceptó la donación, y esto la vuelve irrevocable.
- d) Sí, pueden reclamar la devolución de 400, porque Juan tenía que guardar en vida $\frac{2}{3}$ de sus bienes para sus descendientes.

9. Sara tiene un chalé en la playa, que solo usa un mes al año. Ha alquilado esta finca por quince días a la Luisa. El contrato de alquiler no dice nada sobre la posibilidad de subarrendar. Luisa, a su vez, subarrienda el chalé para la primera semana a Pedro. Cuando Sara se entera del subarriendo, nos pregunta si es válido.

- a) No es válido, porque en el contrato no se preveía la posibilidad de subarrendar.
- b) No es válido, porque el subarriendo exige consentimiento del arrendador por escrito.
- c) Es válido, porque se puede subarrendar si en el contrato no se prohíbe expresamente.
- d) Es válido, pero el arrendador puede elevar la renta un 10%.

10. Carmen ha alquilado una vivienda a Luís. Al cabo de un tiempo se rompen unas cañerías porque eran demasiado viejas, y la reparación cuesta 300 euros. ¿Quién tiene que pagar este importe?

- a) Dependerá de lo que se haya pactado en el contrato; si no se dice nada, pagará el arrendador.
- b) El arrendatario, Luis, porque es quien utiliza la casa en ese momento.
- c) La arrendadora, Carmen, por la condición de arrendadora.
- d) Pagarán a medias entre arrendadora y arrendatario.

11. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes, relativas al desahucio por falta de pago, es la única correcta:

- a) Para desahuciar por falta de pago es preciso el impago de, al menos, dos mensualidades consecutivas, o de tres alternas.
- b) El desahucio por falta de pago se tramita como juicio ordinario.
- c) El desahucio por falta de pago siempre tiene un trámite de «vista», para que el arrendatario pueda alegar lo que a su derecho convenga.
- d) Al desahucio por falta de pago se puede acumular la reclamación de las rentas impagadas.

12. En un arrendamiento de fincas rústicas de uso agrícola,...

- a) el arrendatario no siempre tiene derechos de tanteo y retracto en caso de venta de la finca.
- b) el arrendatario tiene derechos de tanteo y retracto, en caso de venta de la finca, pagando el 90% de lo que fuera a pagar el comprador.
- c) el arrendatario tiene en todo caso derechos de tanteo y retracto, en caso de venta de la finca, pagando el 100% de lo que fuera a pagar el comprador.
- d) el arrendador no puede ceder la finca sin consentimiento del arrendatario.

13. Pactar una permuta financiera (*swap*) con consumidores...

- a) es ilegal, pues los derivados financieros solo pueden pactarse con empresas.
- b) puede comportar una "cláusula abusiva" si por los tipos fijados y las previsiones de la entidad de crédito las condiciones fijadas resultan desproporcionadas y tienen un perjuicio grave para el consumidor.
- c) requiere para ser legal que las cláusulas esenciales se resalten y que exista una aceptación específica de las mismas, añadida a la firma general del contrato de derivado financiero.
- d) es legal e inatacable, pues su regulación legal evita todo tipo de abusos por las entidades de crédito.

14. En los créditos al consumo, regulados por la Ley de Crédito al Consumo, del 2011, el acreditado...

- a) puede reembolsar anticipadamente el crédito, pero solo pagando todo lo principal que resta por satisfacer, más un 10%.
- b) puede desistir del contrato dentro de los 15 días siguientes a la celebración, pero pasado tal plazo ya no puede reembolsarlo anticipadamente, deberá cumplir todos los plazos.
- c) puede reembolsar anticipadamente el crédito, pagando el principal más un 40% del interés correspondiente al principal cancelado.
- d) puede reembolsar anticipadamente el crédito, de manera total o parcial; además, si se pactó así, puede ser que tenga que pagar una compensación con una serie de límites legales.

15. La empresa A tiene en *leasing* el uso de un bien de equipo, está al corriente del pago de las cuotas y es declarada en concurso. Ante la continuación de la actividad de la empresa concursada, la entidad de *leasing*...

- a) será un acreedor concursal ordinario con derecho a cobrar las cuotas sucesivas que se vayan devengando.
- b) tiene derecho a recuperar la posesión del bien, dado que la declaración de concurso da lugar a la resolución del *leasing*.
- c) tiene derecho a pedir la resolución del contrato, ya que la declaración de concurso le permite tal petición.
- d) tiene derecho a recuperar la posesión del bien si la empresa cesa la actividad, porque el bien continúa siendo de su propiedad.

16. La entidad Banc es acreedora de Empresa, y el administrador de Empresa ha garantizado la operación. Empresa es declarada en concurso. El efecto de esta declaración sobre la fianza del administrador es que...

- a) la fianza queda extinguida.
- b) el fiador queda obligado al pago desde la declaración de concurso de la entidad afianzada.
- c) el fiador continúa obligado en los términos acordados, y si acaba pagando al acreedor, ejercerá ante el concurso su derecho de reembolso.
- d) el fiador continúa obligado, y nunca podrá verse afectado por un posible convenio alcanzado con el deudor concursado.

17. Eduardo ha perdido la cartera con la tarjeta de crédito y el DNI, y lo comunica a la emisora de la tarjeta cuando lo advierte. En el ínterin, alguien ha usado la tarjeta y ha comprado en unos cuantos comercios bienes por valor de 500 euros.

- a) Eduardo no tendrá que pagar nada, ya que comunicó la pérdida en cuanto la advirtió.

- b) Eduardo tiene que satisfacer 50 euros, y el resto de operaciones las tiene que pagar la entidad emisora.
- c) Eduardo tendría derecho a limitar su responsabilidad, pero solo si así se ha pactado con la emisora de la tarjeta en el contrato de tarjeta.
- d) Eduardo tendrá que soportar los cargos de 500 euros, ya que es su responsabilidad la custodia de la cartera.

18. De los gastos de una transferencia bancaria se hace cargo...

- a) siempre el ordenante o emisor de la transferencia.
- b) siempre el beneficiario de la transferencia.
- c) normalmente se tienen que hacer cargo las dos partes.
- d) dependerá de lo acordado con el banco, pero como regla general son a cargo del ordenante.

19. Un médico ha operado a Pablo, y ha conseguido que no avance la enfermedad que tenía, pero le ha causado como secuela una ligera pérdida de movilidad. Esta secuela es normal, una consecuencia bastante común de la operación, y no es consecuencia de ninguna negligencia del médico. El médico no informó a Pablo que se podía dar esta complicación. Si Pablo no se hubiera sometido a la operación, lo más probable es que hubiera muerto. ¿Puede Pablo reclamar por la falta de información?

- a) No podrá reclamar, porque la operación era necesaria y ha sido beneficiosa para el paciente.
- b) No podrá reclamar, porque aunque no se le informó de la secuela, es una consecuencia normal de la operación y no ha existido negligencia alguna del médico al efectuar dicha operación.
- c) Sí, podrá reclamar, pero solo si acredita que si se le hubiera informado se habría negado a realizar la operación.
- d) Sí, puede reclamar en todo caso porque no le informaron de esta posible secuela.

20. Carlos y Mariví encargaron a la constructora Constructora la edificación de un chalé. Constructora, a su vez, subcontrató la instalación de carpintería con Carpinters, sin consultar a los propietarios de la obra. Cuando se acabó la obra, y pendiente de pagar la factura de carpintería, Constructora es declarada en concurso. En esta situación...

- a) Carpinters podrá reclamar a los dueños de la obra el pago de su factura, ya que existe una acción directa del subarrendatario frente al dueño de la obra.
- b) Carpinters podrá reclamar a los dueños de la obra el pago de su factura, pero solo si estos no han satisfecho ya el precio a Constructora.
- c) Carpinters podrá reclamar indistintamente a los dueños de la obra o a Constructora, ya que ambos responden solidariamente.
- d) Carpinters no tiene más remedio que acudir como un acreedor más, con la calificación que le corresponda, al concurso de Constructora.

21. Los vecinos de un bloque de viviendas recién construidas advierten numerosos defectos de parqué, puertas, carpintería metálica, etc., que afectan a la habitabilidad de este bloque. Las viviendas se entregaron hace cuatro años, y la licencia de construcción se concedió en el 2005. Conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación, los vecinos...

- a) pueden reclamar por los defectos, porque todos los defectos que se exteriorizan en los diez primeros años pueden ser objeto de reclamación.
- b) pueden reclamar por los defectos, pero solo contra el promotor de la obra, ya que para reclamar a los demás, la garantía por defectos de habitabilidad dura 3 años.
- c) pueden reclamar por los defectos, pero solo contra el constructor, que es quien realiza materialmente la edificación.
- d) no pueden reclamar, porque la garantía por defectos de habitabilidad dura tres años.

22. La empresa Transports lleva una partida de fruta por encargo de Cargador en Sevilla. Cuando llega al destino, al descargar la fruta advierten que está muy podrida. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes es la única correcta:

- a) Transports tiene que responder, salvo que acredite que la mercancía ya estaba en mal estado antes de cargarla, o que la pérdida no fue culpa suya.
- b) Transports deberá responder en todo caso, ya que no debió admitir una partida de fruta muy madura.

- c) Cargador soportará la pérdida, puesto que corre de su cuenta el riesgo de la mercancía por ser su propietario.
d) Cargador deberá responder, salvo que pruebe que la culpa de la pérdida fue del porteador.

23. Pedro envía una mercancía de un valor de 300 euros por mensajería a un amigo suyo; en el trayecto, la mercancía se pierde. Según lo que establece la ley, para plantear la reclamación por 300 euros, Pedro tiene que acudir...

- a) al Juzgado de lo Civil.
b) a la Junta Arbitral de Transporte.
c) al Juzgado de lo Mercantil.
d) al Juzgado de lo Contencioso.

24. Clara aparca su vehículo en un estacionamiento público, a cuya entrada consta en letras grandes que "La empresa no se responsabiliza de la seguridad del vehículo". Cuando vuelve al coche, Clara advierte que le han roto los cristales y le han robado el equipo de música tan caro que tenía instalado de serie y que no era extraíble. ¿Puede Clara reclamar este importe a la empresa de estacionamiento?

- a) Solo podrá reclamar si actuaba como consumidora, pues con empresarios cabe fijar un régimen de no responsabilidad por la custodia.
b) Sí, porque la ley impone una responsabilidad por los elementos no separables del vehículo.
c) No, porque constaba claramente antes de entrar que la empresa no respondía de la seguridad.
d) No, porque si el equipo de música no es extraíble, ella soporta el riesgo de su robo.

25. Eduardo encarga a la agencia inmobiliaria Inmobiliaria la venta de su vivienda por un precio determinado. La agencia, actuando en nombre ajeno, formaliza el contrato de venta por el precio fijado con Juana como compradora, que comprueba que hay una serie de defectos en la vivienda. ¿Contra quién puede reclamar?

- a) Contra Eduardo, porque es el vendedor y tiene que responder de los defectos.
b) Contra la agencia inmobiliaria, porque es la que ha firmado el contrato.
c) Contra Eduardo, pero existiendo también una responsabilidad subsidiaria de la agencia por haber actuado como intermediario.
d) Contra Eduardo y la agencia, que responden solidariamente de los defectos.

26. Blanca contrata una agencia inmobiliaria como corredora, para que busque personas que estén dispuestas a alquilarle el piso y después negociar ella misma con ellos. La agencia encuentra una persona que considera óptima, y contrata el alquiler en nombre de Blanca. ¿Cuál de las afirmaciones siguientes es la única cierta?

- a) Blanca queda obligada al alquiler, ya que autorizó a la agencia a contratarlo.
b) Blanca no está obligada a aceptar el alquiler, pero puede ratificar la actuación que hizo la agencia y que no podía hacer.
c) Blanca queda obligada al alquiler, pero podrá renegociar el precio con el inquilino.
d) Blanca no está obligada al alquiler, pero el inquilino podrá reclamarle por los daños y perjuicios causados si demuestra su existencia.

27. Julio ha sido contratado como agente mercantil, sometido a la Ley 12/1992, y ha estado promoviendo contratos para el principal durante cinco años. Al cabo de este tiempo, el principal da fin a la relación (que era por tiempo indefinido). Julio nos pregunta si puede alegar que la relación que tenía, ahora que se ha acabado, era laboral, puesto que acudía al local del principal, usaba los medios materiales del principal y visitaba a los clientes que le indicaba el principal.

- a) No podrá reclamar esto, ya que, al aceptar que la relación con el principal era mercantil, ese pacto le vincula.
b) No podrá reclamar esto, porque la labor del agente es siempre mercantil, y no laboral.
c) Puede reclamar, acreditando esta dependencia de las órdenes del principal.
d) Podrá reclamar los daños y perjuicios causados, pero no exigir ninguna condición que le pudiera ser aplicable como personal laboral del principal.

28. La empresa Agencia ha actuado como agente mercantil de la empresa Fabricant durante veinte años. Acabado el contrato por denuncia de Fabricant, Agencia reclama una indemnización por la clientela aportada durante todo este tiempo. ¿Es procedente esta indemnización?

- a) No, porque ya ha obtenido las ganancias suficientes durante los veinte años de contrato, y la terminación del contrato por fabricante es lícita.
- b) Sí, habrá que indemnizarle en todo caso con el importe medio anual de las comisiones de los últimos cinco años.
- c) Sí, habrá que indemnizarle automáticamente con el importe de las comisiones del último año.
- d) Depende del hecho de que el agente haya incrementado la clientela o los pedidos para el principal, y que concurran otras circunstancias fijadas en la ley.

29. En un contrato de franquicia de bienes informáticos, el concedente ha acordado con el concesionario los precios de reventa de los bienes a los clientes finales. Este pacto...

- a) es nulo, porque las partes de un contrato de franquicia no pueden fijar el precio de reventa de los bienes.
- b) es válido, porque las partes del contrato de franquicia tienen libertad para fijar las condiciones de actuación del franquiciado.
- c) es válido si el precio de reventa es superior al precio de adquisición del bien por el franquiciado.
- d) hace anulable el contrato, debiendo ejercitarse en su caso la acción de anulación en un plazo de cuatro años.

30. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes es la única correcta:

- a) Según la jurisprudencia actual, el concesionario/franquiciado no tiene en ningún caso derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato, pues ya ha obtenido un margen comercial libre que supone una ganancia importante.
- b) Según la jurisprudencia actual, el concesionario/franquiciado tiene derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato si este ha durado más de diez años.
- c) Según la jurisprudencia actual, el concesionario o franquiciado tiene derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato si ha incrementado la clientela del principal o se dan otras razones que justifican la indemnización.
- d) Según la jurisprudencia actual, el concesionario/franquiciado tiene derecho en el momento de la finalización del contrato a una indemnización, cuyo importe será la media de la remuneración anual de los últimos cinco años.

31. María, Juan y Ana son hermanos, y han heredado de su padre una finca. Quieren constituir una sociedad civil para repartir los gastos y gestionar la finca, y nos preguntan cómo tendrían que responder en este caso de las deudas sociales.

- a) En la sociedad civil, de las deudas sociales se responde únicamente con el patrimonio social.
- b) En la sociedad civil, según la doctrina y la jurisprudencia, los socios responden de forma subsidiaria, ilimitada y solidaria entre sí.
- c) En la sociedad civil, según la doctrina y la jurisprudencia, los socios responden de forma subsidiaria, ilimitada y mancomunada entre sí, en proporción al número de socios.
- d) En la sociedad civil, según la doctrina y la jurisprudencia, los socios responden de manera subsidiaria, ilimitada y mancomunada entre ellos, en proporción a la participación de cada uno en el capital.

32. Inés y Jesús son abogados, y se plantean si pueden constituir una sociedad civil que actúe, como tal sociedad, como abogado, y si en esta sociedad podría participar también, aportando dinero, Virginia, que no es abogada.

- a) No, la sociedad no puede actuar como abogado, solo podrán constituir la sociedad para compartir gastos.
- b) Pueden crear la sociedad, pero Virginia no podrá ser socio, por no tener el título de abogada.
- c) Pueden crear la sociedad, si Inés y Jesús tienen la mayoría de capital, y Virginia puede aportar capital con esta condición.
- d) Pueden crear la sociedad, y no existen requisitos en cuanto a la cuota de participación de los socios.

33. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes es la única correcta:

- a) En el contrato de seguro, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado son inválidas.
- b) En el contrato de seguro, las cláusulas limitadoras de los derechos del asegurado vinculan al tomador si se han destacado y están aceptadas expresamente por escrito circunstancias que tiene que probar el asegurador.
- c) En el contrato de seguro, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado vinculan al tomador si están resaltadas y aceptadas expresamente por escrito circunstancias que debe probar el tomador.
- d) En el contrato de seguro, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado vinculan con tal de que estén resaltadas, siendo en cambio nulas las cláusulas lesivas.

34. En el contrato de seguro, si el asegurador no somete a un cuestionario al tomador...

- a) este deberá hacer constar las circunstancias normales que definen el riesgo asegurado.
- b) este deberá hacer constar todas las circunstancias que definen el riesgo asegurado, con el mayor detalle posible.
- c) este tomador queda exento del deber de declaración del riesgo.
- d) este deberá exigir un cuestionario para poder celebrar el seguro.

35. Al cabo de tres años de un siniestro que estaba asegurado, la compañía aseguradora todavía no ha satisfecho ninguna indemnización al perjudicado, sin haber una causa justificada para no haberlo hecho. ¿Qué interés de demora tiene que satisfacer?

- a) Deberá pagar el interés legal, incrementado en un 50%.
- b) Deberá pagar el 20% anual desde el momento del siniestro.
- c) Los dos primeros años tiene que pagar el interés legal incrementado en un 50%, y a partir del tercer año, un 20% anual.
- d) El interés fijado por el Banco Central Europeo, incrementado en 7 puntos porcentuales.

36. La empresa Empresa ha asegurado su maquinaria, que vale 100.000 euros, por 150.000 euros. No ha contratado una póliza estimada. Empresa ha tenido un incendio que ha dejado inservibles todas las máquinas e instalaciones. ¿Cuánto le tiene que pagar la aseguradora por las máquinas?

- a) Le pagará 150.000 €, pues es la cantidad que se aseguró, y se fijó la prima con esa base.
- b) Le tiene que pagar 100.000 €, porque es el valor real de la maquinaria.
- c) Le pagará 125.000 €, que es un valor intermedio entre el daño real y el asegurado.
- d) No le pagará nada, ya que ha habido falsedad en la declaración, buscando el tomador un enriquecimiento injusto.

37. Juan fue operado en enero del 2010, y por negligencia del médico ha tenido algunas complicaciones en el postoperatorio, que duraron hasta mediados del 2011. En febrero del 2012 reclama a la aseguradora del médico una indemnización pecuniaria. La aseguradora contesta que el periodo del seguro de su médico se acabó en diciembre del 2010 (cosa que es cierta) y que solo cubría reclamaciones emitidas durante el año siguiente a la finalización (también es cierto que constaba esta cláusula en el seguro del médico). ¿Puede Juan ganar la reclamación contra la aseguradora?

- a) Sí, porque el daño se produjo en un momento en que el médico estaba asegurado por esa compañía concreta.
- b) Sí, si no se había destacado la cláusula que se alega y si no había sido aceptada expresamente por el tomador del seguro.
- c) No, porque está reclamando fuera del periodo de cobertura.
- d) No, porque la cláusula pactada exigía la reclamación dentro del año siguiente a finalizar la cobertura.

38. Jesús tenía contratado un seguro de accidentes, y ha muerto de un infarto. Ante la reclamación de su viuda, la compañía aseguradora alega que la muerte se ha debido a una enfer-

medad, y no a un accidente. ¿Cuál de las afirmaciones siguientes es cierta, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo?

- a) La muerte por infarto supone muerte por enfermedad, y no queda cubierta por una póliza de seguro de accidentes.
- b) La muerte por infarto puede ser accidente, si el infarto se debió a una causa externa al asegurado, como el estrés o el exceso de ejercicio, y esta circunstancia la tiene que acreditar el beneficiario.
- c) La muerte por infarto puede ser accidente, si el infarto se debió a una causa externa al asegurado, como el estrés o el exceso de ejercicio, y deberá ser el asegurador quien demuestre que el asegurado ya sufría un riesgo coronario previo, y que, por lo tanto, el infarto fue por debilidad del corazón.
- d) La muerte por infarto es siempre muerte por accidente, y está cubierta por una póliza de seguro de accidentes.

39. Pedro y Juan hace años que discuten por unas tierras que están enclavadas en sus fincas. Acuerdan una transacción, y se reparten el uso de estas tierras. Después de un año, Pedro se arrepiente de la decisión tomada, y quiere plantear un litigio porque considera que según los títulos de propiedad todas las tierras por las cuales discuten son de su propiedad. ¿Puede plantear este litigio?

- a) No, porque la transacción le obliga a los pactos, y no puede incumplir el acuerdo adoptado.
- b) Sí, porque si es propietario tiene derecho a defender su propiedad.
- c) No, porque la transacción solo puede impugnarse dentro de los seis meses siguientes a ser concertada.
- d) Sí, porque todo acuerdo transaccional es impugnable en el plazo de dos años.

40. Laura, que actúa como consumidora, compró un teléfono móvil, y en el contrato de compraventa se incluía una condición general de sumisión de cualquier disputa entre las partes a arbitraje. Ante el impago de las cuotas mensuales, la empresa de telefonía le reclama mediante arbitraje el pago de estas cuotas. ¿Se puede Laura oponer a este arbitraje?

- a) No, porque la deuda existe y Laura debe satisfacerla.
- b) No, porque han sometido válidamente la cuestión a arbitraje, y ella admitió dicha sumisión sin problema alguno.
- c) Sí, salvo que sea un arbitraje de consumo u otro institucional creado por ley para este sector, porque si pasa de otro modo, la condición general señalada es abusiva.
- d) Sí, porque en ningún caso una disputa con consumidores puede decidirse mediante arbitraje.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. a

3. b

4. c

5. d

6. d

7. a

8. d

9. c

10. c

11. d

12. a

13. b

14. d

15. d

16. c

17. b

18. c

19. d

20. d

21. d

22. a

23. b

24. b

25. a

26. b

27. c

28. d

29. a

30. c

31. d

32. c

33. b

34. c

35. c

36. b

37. b

38. b

39. a

40. c

Bibliografía

Bibliografía básica

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2009). *Contratos mercantiles*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2013). *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cuesta Rute, J. M. de la; Valpuesta Gastaminza, E. (coord.) (2007 y 2009). *Contratos mercantiles*. Barcelona: Bosch.

Díez Picazo, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

Menéndez Menéndez, A.; Rojo, A. (2019). *Curso de Derecho Mercantil* (vol. II). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Bibliografía complementaria

Alonso Ureba, A. (2010). *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2013). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi.

Sánchez Calero, F. (2010). *Ley de contrato de seguro*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Sequeira, A.; Gadea, E.; Sacristán, F. (2007). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson.

