

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

**EL CONTRATO DE GESTIÓN DE
SERVICIOS MÉDICOS DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA
JURÍDICA**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Francisco Pérez Echenique

Bajo la dirección del doctor:

José Iturmendi Morales

Madrid, 2010

ISBN: 978-84-693-2413-4

TESIS DOCTORAL

**EL CONTRATO DE GESTIÓN DE
SERVICIOS MÉDICOS DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA
JURÍDICA**

Director de Tesis:

Prof. Dr. D. José Iturmendi Morales

Catedrático de Filosofía del Derecho

Doctorando: Francisco Pérez Echenique

***Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I***

Madrid 2009

**EL CONTRATO DE GESTIÓN DE
SERVICIOS MÉDICOS DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA
JURÍDICA**

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	pág. 9
II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS	pág. 33
1. SUJETOS DEL CONTRATO	pág. 54
2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.....	pág. 71
2.1. CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES	pág. 74
2.1.1. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	pág. 84
2.1.2. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN	pág.113
2.1.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	pág.134
2.1.4. LA BUENA FE DE LOS CONTRATANTES..	pág.170
2.1.5. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	pág.179
a) Contratos de adhesión	pág.179
b) Contratos en masa y contratos en serie	pág.202

c) Las Condiciones Generales de la Contratación	pág.205
d) Régimen jurídico actual de la protección a los consumidores y usuarios y de las condiciones generales de la contratación ...	pág.223
2.2. EL OBJETO DEL CONTRATO	pág.239
2.2.1 LA ACTIVIDAD ARRENDADA Y EL GRADO DE SATISFACCIÓN DEL CLIENTE	pág.241
a) Satisfacción inmediata	pág.242
b) Satisfacción mediata	pág.248
b.1) Resultado útil	pág.250
b.2) Presunción favorable	pág.253
c) La actividad por la actividad, objeto simple	pág.258
d) El resultado de la actividad, objeto pleno	pág.260
2.2.2. ANÁLISIS DE LA DESCOMPOSICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD COMPUESTA...	pág.268
a) La gestora emprende la actividad tendente a la obtención de los medios necesarios y los consigue	pág.268
b) Esos medios se ofrecen al cliente	pág.271
c) Esos medios se ponen en	

funcionamiento intentando conseguir el resultado comprometido	pág.273
2.2.3. LA HIPOTESIS DEL ITER DE LA ACTIVIDAD	pág.275
a) Actividad estable y actividad continua	pág.276
b) Actividad interrumpida.....	pág.279
c) Actividad nacida cada vez que se necesita	pág.282
2.2.4. LA HIPÓTESIS DE LOS SIGNIFICADOS DE LA ACTIVIDAD	pág.288
a) Actividad general	pág.288
b) Actividad intelectual.....	pág.292
c) Actividad transacción	pág.295
2.3. LA CAUSA DEL CONTRATO	pág.298
2.3.1. IDENTIDAD DE CAUSAS	pág.304
a) Querer causar	pág.306
b) Haber causado.....	pág.307
2.3.2. LA CAUSA EN SENTIDO ASÉPTICO	pág.310

III. CONTENIDO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS	pág.314
1. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER	pág.315
1.1. OBLIGACIONES FUNGIBLES E INFUNGIBLES	pág.316
1.2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO	pág.329
1.3. OBLIGACIONES DE PURO HACER Y RELATIVAS A COSAS	pág.379
1.4. OBLIGACIONES REALIZABLES O NO, SIN AFECTAR EL ÁMBITO DEL DEUDOR	pág.383
1.5. OBLIGACIONES DE HECHO PROPIO Y DE HECHO DE TERCERO	pág.388
1.5.1. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE HACER	pág.401
1.5.2. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE PROCURAR EL HECHO DE TERCERO	pág.406
1.5.3. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR SI	

EL TERCERO NO CUMPLE	pág.408
1.5.4. LA PRESTACIÓN DEL PROMITENTE COMO ASUNCIÓN DEL RIESGO DE QUE EL TERCERO NO CUMPLA	pág.412
1.5.5. LA FIGURA JURÍDICA DEL PROMITENTE DEL HECHO AJENO	pág.416
a) Caracteres de la promesa del hecho ajeno	pág.418
b) Problemas de interpretación ...	pág.424
IV. CONCLUSIONES: EL CONTRATO A CARGO DE TERCERO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE LA GESTORA EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS. ANÁLISIS COMPARATIVO	pág.447
V. BIBLIOGRAFÍA	pág.480

I . INTRODUCCIÓN

Hace ahora ya cerca de medio siglo de la publicación, como volumen XIX de la «Biblioteca de Derecho Privado», de una rompedora obra de ALFRED RIEG¹, *“Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil française et allemand (El papel de la voluntad en el acto jurídico en el derecho civil francés y alemán)”*, París, 1.961, a la que precede un elocuente y esclarecedor “PRÉFACE” del profesor de la entonces única Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de París (Sorbonne), MICHEL VILLEY.

Publicación que se ocupaba, de manera esencial, acerca del modo con el que se trata de conseguir la conciliación entre el poder que se reconoce a la voluntad individual y la seguridad de las transacciones en el ámbito del Derecho de los actos jurídicos.

El propio título apunta a la condición comparativista de la monografía. ALFRED RIEG hace suya la creencia generalizada de que un gran pueblo se encuentra en condiciones de pretender

¹ FRANÇOIS TERRÉ, Recensión a la obra de ALFRED RIEG citada en el texto, y publicada en el volumen VII de la Revista «Archives du Philosophie du droit», Sirey, París, 1.962, pp. 303-309. En aquel momento el profesor TERRÉ profesaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo.

para sí, el desarrollo de una cultura exclusivamente nacional, dada la evidencia de que todos los pueblos viven, y cada vez más, fecundados por los influjos de las corrientes culturales extranacionales, y el campo del Derecho no constituye una excepción a esa regla, a pesar de diferir de pueblo a pueblo, y de integrarse en el propio contexto cultural².

El autor de aquella monografía, al igual que se propone hoy quien firma esta memoria de tesis doctoral, renunciaba a un abordaje de naturaleza filosófica, tanto al problema de la voluntad -que la doctrina filosófico jurídica relaciona con los conceptos de causalidad y libertad-³, como a la cuestión del origen de la fuerza de la voluntad.

Tanto la obra de ALFRED RIEG, queda dicho así que, como esta memoria doctoral, optan por una aproximación que sitúa, eminentemente, en el ámbito de la dogmática a los temas objeto de estudio, renunciando expresamente a la óptica filosófica que, acaso se aborde cuando las cuestiones desarrollen argumentos propios de la Teoría General del Derecho, o de la Teoría del Derecho, sin adjetivos. Se trataría de esquivar el

² ERICH MOLITOR y HANS SCHLOSSER, *“Perfiles de la nueva Historia del Derecho Privado”*. Traducción castellana de Ángel Martínez Carrión, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1.979, p. 11.

³ JOSÉ JUAN BRUERA, *“El concepto filosófico jurídico de causalidad”*, en *«Siglos Compilación»*, de Sebastián Soler. Editor Depalma, Buenos Aires, 1.944, p. 188.

debate, eternamente renovado, entre el Derecho y la Filosofía, en línea con la propuesta al respecto, del profesor de la Universidad de Ginebra, JEAN FRANÇOIS PERRIN, en "*La pratique juridique des notions métaphysiques*"⁴.

Antes, según muchos testimonios de sus discípulos, y no pocos aportados por él mismo, le gustaba decir y escribir, al romanista y filósofo del derecho galo MICHEL VILLEY⁵ (1914-1988), que algún día habrá que tomarse en serio el estudio del lenguaje del Derecho, y de los juristas, no limitándose a los estudios "científicos" (léase, estudios dogmáticos, en la medida en que la dogmática jurídica es la "Ciencia del Derecho" propia de los juristas), ni a registrar los distintos usos lingüísticos de los términos en el presente (que, por definición, son siempre cambiantes).

Nos invitaba el eminente profesor de la Universidad de París II a aceptar el reto inesquivable de conocer el estado crítico que presentaba el léxico jurídico en la segunda mitad del siglo XX, invitación que, sin duda, choca con nuestros hábitos de asepsia y de neutralidad valorativa.

⁴ En el Tomo XVII, «*Droit et Religion*» de los «Archives de philosophie du Droit», Editions Sirey, Paris, 1.993, p. 267-278.

⁵ MICHEL VILLEY, "*Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*". Traducción castellana de Evaristo Palomar Maldonado, Editorial Scire Universitarium, Barcelona, 2.003, pp. 135-137. Esto es lo que nos proponemos con el desarrollo del propio término gestión.

En España, está concluyendo en el horizonte, en parte ya presente, y en parte todavía próximo, del espacio europeo de enseñanza superior, la experiencia de todo un título universitario de tres años (Diplomatura) que responde al rótulo "Gestión y Administración Pública". En una obra que se ha convertido en manual de obligada referencia en numerosas universidades europeas y norteamericanas, que tiene por título "*La estructura de las organizaciones, una síntesis de la investigación*", su autor, el profesor de la Universidad McGill, de Montreal, HENRY MINTZBERG (1.939-), al abordar el concepto de gestión, desde la óptica de una teoría específicamente descriptiva y basada en la investigación empírica, apunta criterios para identificar el concepto de gestión, aún a pesar de que no deja de reconocer que, durante mucho tiempo, la política de gestión se ha visto abandonada al extremo de constituir la oveja negra de los estudios empresariales.

En sentido propio, GESTIÓN (del latín "gestio", ónis) significa acción y efecto de gestionar o de administrar, es decir, posibilidad o facultad de hacer alguna cosa, o de dar los pasos diligentes conducentes a su consecución o logro. En definitiva, la acción de proveer de lo necesario, sirviendo y desempeñando, a fin de lograr la realización de un negocio o

de un deseo cualquiera⁶. En el léxico de los economistas, por gestión (en inglés, management business administration) se entiende el conjunto de reglas, procedimientos y métodos operativos para llevar a cabo, con eficacia, una actividad empresarial tendente a alcanzar objetivos concretos⁷.

Gestión, por tanto, implica aptitud, potencia, virtud, derecho para hacer algo, facultad como posibilidad de actuar que se concede a una persona formando parte del contenido de un derecho subjetivo o, en general, de una relación jurídica. En este sentido MANUEL ALBALADEJO⁸ entiende que

«... La frontera entre el poder que se configura por el Ordenamiento como mera facultad, y el poder al que se concede rango de derecho subjetivo, es insegura y variable, no dependiente, puramente de criterios lógicos abstractos, sino de que el Ordenamiento de que se trate, se haya decidido por una u otra solución, habida cuenta de la realidad social concreta que regula.

⁶ Voz: Gestión. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *"Diccionario de la Lengua Española"*, vigésima segunda edición.

⁷ RAMÓN TAMAMES, *"Diccionario de economía"*, Alianza Editorial, Madrid, 1.988, p. 137.

⁸ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho Civil I"*, Volumen 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1.985, pp. 46 y 47.

Así como el derecho subjetivo es independiente y autónomo, las facultades se dan agrupadas en un haz que forma aquél, o están unidas a una relación jurídica básica sin que, como tales facultades, puedan, en principio, tener vida aparte: tal como ser enajenadas separadamente del derecho total que las engloba, o ser renunciadas conservando éste, o extinguirse subsistiendo aquél o la relación jurídica base. Ahora bien, sí puede ocurrir que con alguna o varias de las facultades que corresponden al titular de un derecho se cree - desgajándolas de aquél- un derecho menor. Porque hay facultades, o conjuntos de ellas, que conceden una potestad que no sólo sirve como parte de un derecho, sino que -a tenor de cada Ordenamiento concreto- puede tener entidad para formar un derecho aparente».

Se trataría, pues, de un hacer (*facere*) que en la cultura clásica está dotado de un significado tan amplio que en el término cabría incluir toda acción humana, de ahí, que se defina a la prestación en términos del comportamiento que debe observar el deudor frente al acreedor. Comportamiento consistente en que el deudor procure al acreedor la utilidad

apetecida por éste o, si se prefiere, que el deudor colme su interés⁹.

En la cultura jurídica romana, el amplísimo significado que poseía, inicialmente, el término *facere* terminó precisándose técnicamente a partir del momento en que *facere* se contraponía a *dare*, englobando el término *facere* cualquier comportamiento deducible en obligación, con exclusión de aquellos comportamientos que consisten en un *dare* en sentido técnico¹⁰.

Por otra parte, es de tener en cuenta que la noción de obligación de hacer no puede ser extendida a las actividades del deudor que sean meramente instrumentales para la consecución, por parte del acreedor, del bien debido. Tal extensión no consentiría, en efecto, distinguir -como claramente quiere la Ley-, las obligaciones de esta clase de aquéllas de entrega o de pago de dinero y conduciría, en rigor de deducción, a definir toda prestación como cumplimiento debido de una específica obligación de hacer o de no hacer.

⁹ RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ Y MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ, *“La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado”*, «A.D.C.», Madrid, 1.985, p. 210.

¹⁰ DEMOFILO DE BUEN, *“La teoría de la relación jurídica en el Derecho español”*. Publicada en el volumen colectivo Libro Homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1.942, pp. 181-197.

El contrato de gestión de servicios médicos pretende, por consiguiente, analizar el conjunto de relaciones jurídicas que intervienen en el mismo, partiendo de un HACER que se configura como obligación, llevado a cabo por el gestor y que debe conducir a la satisfacción del acreedor mediante su asistencia médica u hospitalaria en todo caso, correspondiendo al mencionado acreedor el pago acordado y puntual de los referidos servicios.

Sin embargo, conviene aclarar que en este contrato, la prestación de los servicios médicos implican también, un HACER que no corre por cuenta del gestor, sino del cuadro médico que, a su vez, ya había entablado una relación jurídica con éste, quedando, por tanto, el acreedor vinculado directamente con el HACER primero; es decir, el del gestor, que tiene la obligación de asegurar al acreedor que dichos servicios se harán efectivos.

Antes he dicho que GESTION comprendía el derecho a HACER algo, y es precisamente en ese HACER donde radica el comienzo de mi análisis, pues sobradamente es conocido por todos el escaso tratamiento que nuestro Código civil patrio dedica a las obligaciones de hacer, siendo éstas, las que en la actualidad, y traducidas como servicios producen, como dicen

RENÉ y JEAN SAVATIER¹¹, la principal fuente de riquezas y de bienes:

«... Tomad al cirujano que posee su clínica, donde recibe enfermos, a los que hace pagar honorarios y precio de pensión: en este conjunto de gastos de salud, ¿Qué es lo que cuenta más? Sin duda, los servicios del cirujano».

Tales, concluye, son las riquezas esenciales del mundo de hoy. Aclara que ha tomado como ejemplo al cirujano porque ejerce una profesión liberal, pero que en un gran industrial, el punto de partida de su fortuna son los servicios que ha sido capaz de prestar y de hacer apreciar. No ver aquí bienes esenciales, es cerrar los ojos a una gran parte del patrimonio de hoy.

Dicho esto, resulta ineludible establecer con precisión si el HACER que despliega el gestor encaja en alguna de las clasificaciones conocidas que respecto a este tipo de obligaciones nos facilita la doctrina, en el bien entendido que las mencionadas clasificaciones constituyen, a mi juicio, un «*numerus apertus*», y que, por tanto, son susceptibles de ser ampliadas como consecuencia de la evolución constante y

¹¹ RENÉ Y JEAN SAVATIER y JEAN-MARIE LELOUP, «*Droit des affaires*», 3^a édition, Sirey, París, 1.970, n° 69, pp. 43 y ss.

permanente a que se encuentra sometido nuestro Derecho civil. Abundando sobre lo dicho, convendría adentrarse en la concreción, y así abordar, en principio, el estudio del contrato de gestión de servicios médicos como un contrato de arrendamiento de servicios. En este sentido, tomaremos como punto de partida las palabras del dominico y economista español identificado con la escuela cuantitativista de Salamanca, FRAY TOMÁS DE MERCADO¹² cuando dice que:

«... Tres contratos (entre otros) usan mucho las gentes: cuya naturaleza y condición es necesario entendamos para que con mayor claridad se proceda. El uno es vender, y comprar. El segundo alquilar y arrendar. El tercero prestar. ... El que arrienda, es como usufructuario de lo que le dan. Tiene el uso, y no el señorío. Puede usar, y aprovecharse de ello, según las leyes disponen, y las condiciones del contrato que celebró, mas no lo puede vender, ni distraer, ni mudar, finalmente no puede hacer en ello como señor, sino como mayordomo».

El maestro Dominico en Santa Teología, describe aquí, la importancia que ya en su época tenía el arrendamiento, como

¹² FRAY TOMÁS DE MERCADO, *“Suma de tratos y contratos”*, 1.569, Editora Nacional, Madrid, 1.975, p. 433.

figura contractual necesaria en el desenvolvimiento económico jurídico de su tiempo.

«... En el contrato de arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto».

Esto es lo que establece nuestro C.c. en el art. 1.544. Sin embargo, MANUEL MIGUEL TRAVIESAS¹³ entiende que no es ésta una definición. Es solo un enunciado de exigencias cuyas condiciones hay que determinar.

MARCEL PLANIOL¹⁴ desde el punto de vista de BRUNO PARADISI¹⁵

«... no puede tenerse en cuenta más que los elementos constitutivos del contrato y éstos son idénticos, así en el contrato que tiene por objeto la prestación de un trabajo

¹³ MANUEL MIGUEL TRAVIESAS, "Contrato de arrendamiento", «R.D.P.», Tomo VI, Madrid, 15 de Enero de 1.919, p. 1.

¹⁴ MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, "Traité pratique de Droit Civil II," Cultura, S.A. La Habana, 1.940, p. 698 (1.912), citado por Manuel Miguel Traviesas, "El mandato retribuido y el arrendamientos de servicios y de obra", «R.G.L.J.», tomo 132, Madrid, 1.918, p. 92.

¹⁵ BRUNO PARADISI, Voz Locazione, n° 239, en "Il Digesto Italiano", citado por Francisco Bonet Ramón, "La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", «R.D.P.», Madrid, 1.935, p. 397.

material, como aquél cuyo objeto es la prestación intelectual».

Para FEDERICO GLUCK¹⁶ existe, sin embargo, una diferencia entre *opera* y *opus*. Se da el primer nombre sólo al trabajo en sí mismo, o al servicio materialmente considerado, mientras que con la palabra *opus* se designa lo que se pone en marcha y se ejecuta con el trabajo.

Quien fuera Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Humboldt, de Berlín, JUSTUS WILHELM HEDEMANN¹⁷, en su Derecho de las relaciones obligatorias considera que el contrato de servicios consiste en la prestación de servicios de cualquier especie a cambio de una remuneración. A este respecto concluye que en este tipo de contrato, lo que en puridad se adeuda -en contraste con lo que se adeuda en el contrato de obra, donde lo adeudado es la obra terminada, esto es, el resultado final- solamente es la actividad como tal, hasta el punto que sostiene que el objeto del contrato de servicios es únicamente un obrar, no una obra. Con todo, HEDEMANN no puede

¹⁶ FEDERICO GLUCK, *“Commentario alle Pandette”*, Libro XIX, Leonardo Vallardi, Milán, 1.891, pp. 36 y ss., citado por Francisco Lucas Fernández, *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”*, dirigido por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, Comentario al art. 1.544, Tomo XX, Volumen 1, EDERSA, S.L., Madrid, 1.992, pp. 92 a 116.

¹⁷ JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *“Tratado de Derecho Civil”*, Volumen III, Derecho de obligaciones, Traducción con notas de Derecho español por Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.958, p. 397.

sino reconocer que en algunas circunstancias, la frontera entre ambas modalidades de contrato es fluida y oscilante.

Quien fuera, efímeramente, Catedrático de Derecho Civil en nuestra casa de estudios, ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL¹⁸ (1.911-1.978) puntualiza al respecto

«... Se experimenta la necesidad de utilizar el trabajo ajeno y se le retribuye, sin considerar para su valoración jurídica los resultados obtenidos mediante la aplicación de ese trabajo, sino tan solo por el número de jornadas dedicadas a ese servicio. Mediante esta relación se establece un vínculo entre el arrendador y el arrendatario, análogo, en cierto modo, al que une con la cosa al arrendatario de la misma, en cuanto obtiene, en virtud de este contrato, el uso y disfrute del trabajo ajeno que está a su disposición».

Por su parte, el maestro de maestros, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS¹⁹ (1.889-1.969) sostuvo que la verdadera nota distintiva del

¹⁸ ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, *"Instituciones de Derecho Civil"*, Tomo I, Parte General - Obligaciones y Contratos, (1ª edición 1.976), Editorial Civitas, Madrid, 1.991, p. 592.

¹⁹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *"Derecho Civil Español, Común y Foral"*, Tomo IV Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15ª edición revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Editorial Reus, Madrid, 1.993, p. 507.

contrato de arrendamiento de servicios es la energía de trabajo o el trabajo como tal. En este sentido, se manifestó JOSÉ PUIG BRUTAU²⁰ (1.909-2.003) con sus maestros de la Universidad de Barcelona, JOAQUIN DUALDE GÓMEZ (1.875-1.963) y RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE (1.899-1.979) que abundaron en la idea.

«... Por el contrato de prestación de servicios queda establecida entre dos personas una relación de dependencia, transitoria o duradera, que permite a una de ellas obtener servicios y a la otra cobrar una remuneración»,

y continúa

«... en los contratos de prestación de servicios ... es el principal quien gestiona sus propios asuntos, aunque lo haga ayudado de los servicios», añadiendo *«... En el contrato de prestación de servicios se debe una actividad».*

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ²¹ establece

²⁰ JOSÉ PUIG BRUTAU, *"Fundamentos de Derecho Civil"*, Tomo II, Volumen II, Contratos en particular, Editorial Bosch, Barcelona, 1.988, pp. 395, 396 y 430.

²¹ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios de Derecho Civil"*, Tomo III, Contratos, Editorial Trivium, Madrid, 1.995, pp. 228 y 292.

«... El objeto propio del contrato consiste en la prestación de una determinada actividad que ha de ser desarrollada por el arrendatario ... la obligación de éste, pues, es calificable técnicamente como obligación de hacer ... que se limita a ser una obligación de medios».

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ²² estima

«... El servicio es un hacer; pero no todo hacer equivale a prestar un servicio. El deudor tiene que hacer para cumplir sus obligaciones de dar, o de conservar, etc.; y aun dentro del hacer contratado directamente en cuanto tal en beneficio del acreedor, puede dirigirse la actividad... no a la prestación de un servicio. Este último supone una dosis preponderante de actividad pura: De una conducta que no produce cosas corporales ni se contempla en la materialidad de sus resultados, sino en cuanto generadora de beneficios y ayudas no relacionadas con cosas concretas que definan la tarea».

Por su parte, los profesores LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS²³ afirman que

²² FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, en JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, *"Elementos de Derecho Civil II"*, Derecho de Obligaciones, Volumen III, Contratos y cuasicontratos, Editorial Bosch, Barcelona, 1.986, p. 306.

²³ LUÍS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS,

«... La obligación principal del arrendatario consiste en la prestación del servicio, en la realización de un *facere*, regido por los principios de las obligaciones de hacer. Como regla general se ha de prestar el servicio personalmente, porque es usual la celebración de este contrato en contemplación a las cualidades del que ha de prestarlo, y de una manera que sea conforme a los usos profesionales. Tales usos integran en gran medida el contenido contractual, por no ser normal la relación previa del modo en que el arrendatario ha de prestar el servicio. La prestación personal no excluye, por supuesto, la posibilidad de valerse de auxiliares o colaboradores, pero bajo la directa supervisión y responsabilidad del arrendatario».

El parecer de LUDWIG ENNECCERUS²⁴ es el siguiente:

"Sistema de Derecho Civil", Volumen II, Contratos en especial, Editorial Tecnos, Madrid, 1.990, p. 450.

²⁴ LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, *"Tratado de Derecho Civil"*, Tomo II, Derecho de Obligaciones II, 1ª parte (Enneccerus-Lehmann), Volumen 2º, Doctrina especial, 1ª parte, traducción española con anotaciones de Blas Pérez González (1.898-1.978) y José Alguer y Micó (1.900-1.937) con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por José Ferrandis Vilella. Editorial Bosch, Barcelona, 1.966, pp. 433 y 434.

«... Contratos de servicios es el contrato, perteneciente al Derecho Privado y de obligaciones, por el que una persona (el obligado) promete a otra (el titular) la prestación de servicios, es decir, de trabajo como tal (sin consideración a su resultado), y esta última promete por ello una remuneración de cualquier clase. El objeto inmediato de la promesa de prestación consiste en el trabajo, la actividad misma, la labor como tal, una determinada medida de prestaciones laborales que, en sus detalles son determinadas por las necesidades, diversas en cada caso, del titular: pero siempre sin consideración a su resultado. En esto se distingue el contrato de servicios (*locatio conductio operarum*) del contrato de obra (*locatio conductio operis*), en el cual se promete un determinado resultado, un producto del trabajo, una obra, sin consideración a las prestaciones singulares que para ello son necesarias y que deben ser realizadas bajo la propia responsabilidad del promitente».

Sin embargo²⁵, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de junio de 1.975, nº 236/1.975, (EDJ 1.975/184), aunque persiga -como es normal- un resultado determinado, y la actividad se pacte en dirección a éste, no es

²⁵ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de Obligaciones, Volumen 2, Los contratos en particular, pp. 277.

arrendamiento de obra, sino de servicios, el que si bien acuerda la realización de los mismos encaminados a obtener la obra, no promete la realización de ella sino la de los trabajos en sí. Añadiendo el Considerando primero de esa sentencia que:

«... Si se obliga (quien promete el trabajo) a la prestación de un resultado sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta ultima especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente, dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado».

En esta misma línea, más recientemente, se pronuncia la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 8 de octubre de 2001 (EDJ 2001/32282).

El profesor de Derecho catalán, en los *“Estudis Universitaris Catalans”* (1.946-1.952) ANTONI BORRELL MACIÀ²⁶ (1.903-1.966) entiende que

«... en el contrato de arrendamiento de servicios una persona hace cesión, en beneficio de otra, del derecho a

²⁶ ANTONI BORRELL MACIÀ (1.903-1.966), *“Arrendamiento de obras”*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1.950, p. 904.

usar, disfrutar y disponer temporalmente, de las actividades de su trabajo, y bajo tal aspecto, y en hipótesis, tal cesión puede calificarse de arrendamiento, pero en el contrato de obras, tales actividades de trabajo pueden tenerse en cuenta para establecer, el precio de la obra, pero no interesan de una manera directa al comitente, y el precio no está en función directa de las mismas, sino del resultado de la obra».

Para el mercantilista y civilista catalán MIGUEL CASALS COLLDECARRERA²⁷

«... El objeto del contrato es la prestación de servicios. Aquí se trata de una actividad, de un quehacer, cuyo disfrute se arrienda. A diferencia del contrato de obra, en el que el objeto es un resultado, es decir, el producto logrado de una actividad, en el contrato de arrendamiento de servicios el objeto está constituido por la actividad misma, por la disponibilidad de los servicios del arrendador, en abstracto, adjetivizados».

²⁷ MIGUEL CASALS COLLDECARRERA, "Arrendamiento de servicios", «Nueva Enciclopedia Jurídica», Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1.950, p. 919.

Todas las opiniones doctrinales expuestas, referentes al contrato de arrendamiento de servicios, incluso la propia sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1.975, antes referenciada, manifiestan una coincidencia absoluta en cuanto a precisar que se entiende por objeto de este contrato, desde la parte interviniente llamada arrendador obligada a procurarlo.

Cuestión importante, es resaltar la escasa regulación que nuestro Código civil dedica a este arrendamiento, incurriendo la misma en un desfase histórico y jurídico-político propio del más absoluto anquilosamiento, manteniendo contenidos, que aunque carentes de operatividad son de todo punto vergonzantes.

En esta línea inciden los art. 1583 a 1587 del Código Civil dedicados al arrendamiento de servicios, utilizando un lenguaje de amos y sirvientes (por ejemplo el art. 1584 dice que "El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico") su trascendencia jurídica actual es prácticamente nula.

También, es necesario destacar, la autonomía que en base al arrendamiento de servicios, y a la intervención estatal ha obtenido el Derecho del trabajo como disciplina jurídica independiente disgregada del cuerpo general de Derecho civil aportando soluciones que no admitían más demora a la relación

arrendador-arrendatario (contrato de trabajo) no conocidas hasta entonces, y que escapan del marco, llamado en otros tiempos, acuerdo natural²⁸.

Por todo ello, el ámbito de esta figura jurídica, se ha visto sensiblemente reducido, ocupando espacios tales como el correspondiente a los servicios de las profesiones liberales, sin que esto implique, que todos tengan por objeto el despliegue simplemente de una actividad, existiendo arrendamiento de obra, cuando por ejemplo, un odontólogo coloca y ajusta una prótesis dental.

Así pues, contemplar el contrato de gestión de servicios médicos como un arrendamiento de servicios en una primera aproximación, en cuanto a lo que en realidad pueda ser, pone de relieve la importancia de la naturaleza jurídica de las obligaciones de las partes que en el mismo intervienen; sobre todo, la que concierne a la gestora, ya que no es lo mismo contratar la actividad que contratar el resultado de esa actividad. Las consecuencias a efectos de la pura satisfacción del cliente son decisivas si se atiende a la solidez del hacer creído por el consumidor, si éste simplemente lo toma como

²⁸ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios ... Ob. cit."*, Tomo III, pp. 229 y 230: «Actualmente la prestación de servicios por los trabajadores asalariados se encuentra sometida, como ya hemos dicho, a la legislación laboral y, por consiguiente, solo de forma absolutamente marginal pueden darse supuestos de contratos de servicios de naturaleza civil».

trabajo a realizar, o como trabajo ya hecho -posiblemente realizado con anterioridad al acuerdo de voluntades por parte de la sociedad médico sanitaria-.

Es evidente que en la voluntad de quien contrata una atención médica, procurada mediante gestión, está presente el convencimiento en la seguridad de lo contratado. Íntimamente, su proceso volitivo llega a la conclusión de que su necesidad de cobertura médica es real, y no puede quedar al descubierto ante el acontecer de la vida. Por esto, arrienda, quiere que la prestación que le deben, es decir, esos servicios médicos, estén dispuestos para él desde el mismo instante de la celebración del contrato.

Cuestión a analizar con posterioridad, será si la obligación que contrae la mencionada gestora es de medios, es decir, si sirve aquí el hacer tendente a la obtención de un resultado, o el resultado mismo. Con otras palabras, ¿Es posible concebir el contrato de gestión de servicios médicos como un arrendamiento de servicios? o ¿Cabe reflexionar sobre otras posibilidades negociales? Concretamente, me referiría a un contrato de obra, un contrato de seguro, un mandato o incluso a una promesa del hecho ajeno.

No cabe duda que el planteamiento MEDIOS-RESULTADO, o estrictamente RESULTADO, en este contrato significa dar o quitar importancia al hacer de la gestora y, consiguientemente, su prestación, a mi juicio, estaría en menos o en más, en cuanto a lo querido por el cliente.

No obstante, la cuestión no es en nada pacífica y sí polémica, pues averiguar si el hacer de la gestora está dotado de contenido y es verdadera obligación, o por el contrario, hay que dotarlo para que revista ese carácter cuando se intercambien las prestaciones. Además, conviene poner de relieve que el equilibrio en la situación jurídica de las partes contratantes podría verse alterado si se comparan el dar del cliente, mediante el pago del precio anticipado a la eventual necesidad de los servicios médicos, y el hacer de la gestora para conseguir o tener ya conseguida la prestación de los servicios médicos. Convendría analizar desapasionadamente, que tienen de necesario y de impostado ambos cumplimientos.

II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

Antes de proceder al estudio de la estructura del contrato de gestión de servicios médicos, se hace imprescindible una referencia, siquiera sumaria, a la disciplina general del contrato, tanto en cuanto a los antecedentes de nuestra normativa, como en una forma de consideración de los criterios que, al respecto, han ofrecido importantes tratadistas españoles y extranjeros, así como estudiosos del Derecho comparado, lo que nos permitirá identificar y discernir la categoría jurídica contrato de otras categorías o instituciones jurídicas diferentes.

Es obvio, pero es preciso recordarlo, que, en puridad, no existen contratos por naturaleza; los contratos son productos culturales, creaciones humanas cuya justificación nunca es natural, sino funcional.

Ateniéndonos al criterio de JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO²⁹ (1.921-1.989), cabe decir que el sistema normativo del vigente Código civil procede del proyecto de 1.866. Con anterioridad, el proyecto de 1.851 -cuyo afrancesamiento nadie ha discutido-

²⁹ JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESUS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ, *"Elementos de Derecho Civil"*, Derecho de obligaciones, volumen segundo, Teoría general del contrato, Editorial Bosch, Barcelona, 1.987, pp. 17 a 20 y 49.

tras definir lo que es el contrato: un convenio por el cual una o varias personas se obligan, (art. 973), se limitaba a afirmar que todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado (art. 974). El autor del proyecto de Código civil de 1.851, FLORENCIO GARCIA-GOYENA Y ORORBIA (1.783-1.859), esclarece en sus *"Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español"* (publicadas en Madrid, el año 1.852, y consideradas comúnmente como el comentario oficial del proyectado Código civil isabelino)³⁰ nos recuerda que ya el Ordenamiento de Alcalá había suprimido la distinción romana entre pactos nudos y no nudos. Mucho más expresiva a este respecto, la base 20 de 1.888 (sin duda muy posterior a la formulación codificada de la disciplina general del contrato) en donde se indica que los contratos continuarán sometidos al principio de que mediante la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes se establece el vínculo.

En general, el énfasis que pone el Código civil de 1.889 -la primera edición se publicó por entregas en la Gaceta de Madrid, a partir del número correspondiente al 6 de octubre de 1.888, y su entrada en vigor se produce a partir del 1 de mayo de 1.889- en afirmar el primado de la voluntad se reconduce por los primeros comentaristas al citado Ordenamiento de Alcalá:

³⁰ Imprenta de la Sociedad tipográfico editorial, a cargo de F. ABIENZO, Madrid, 1.852.

por mi parte, entiendo que pueda apreciarse tras el texto como corriente de fondo, la ideología del partido que se hallaba en el poder entonces y desde la muerte de Alfonso XII. En particular, el actual art. 1.255, cuya redacción definitiva no es anterior a 1.866, expresa un pensamiento inequívocamente liberal³¹.

El contrato, instrumento privilegiado en orden al intercambio de bienes o de servicios a título oneroso, se caracteriza, en tanto que categoría jurídica, por dos componentes: a) su elemento subjetivo esencial, que no es otro sino el acuerdo de voluntades, y b) por sus fundamentos objetivos, que no son otros sino lo útil y lo justo. De la finalidad utilitaria del contrato se deducen los principios

³¹ ENRIQUE LALAGUNA DOMINGUEZ, "Valor del Código civil como derecho común después de la reforma del título preliminar". «Documentación Jurídica» 4, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid (1974). Relata: "... en el Senado, dice FABIE al tratar de la materia de contratos: Al fin resplandece en este tratado un principio que creo yo que es de los más fecundos y de los más trascendentes de nuestro Derecho histórico; conviene, a saber: la proclamación absoluta... (en el Ordenamiento de Alcalá)... del principio consignado en estas palabras que todo el mundo recuerda: de cualquiera manera que el hombre aparezca que quiso obligarse, queda obligado. Habiéndose establecido en este código, aunque con expresión y formas distintas, ese fecundísimo principio, entiendo yo que no proceden las acusaciones que se dirigen, suponiendo que en materia de contratos no es susceptible de ser aplicado a las necesidades modernas. Y en otro lugar, en defensa del dictamen, contesta ROMERO GIRON a la objeción formulada por DURAN Y BAS de que no se han dictado reglas para la regulación de las sociedades de mutualidad en los siguientes términos: tenemos nuestra Ley del Ordenamiento de Alcalá, manteniendo el principio de la contratación. ¿Es ilícito, es contrario a la moral, a las buenas costumbres o a las Leyes fundamentales del Estado, un contrato de mutualidad? No. Pues entonces, libremente se puede contraer, y se regirá por las leyes generales de la contratación."

subordinados de seguridad jurídica y de cooperación. De la finalidad de justicia, propia del contrato, se deduce la búsqueda de la igualdad de las prestaciones mediante el respeto a un procedimiento contractual efectivamente correcto y equitativo³².

La función del contrato, dice FRANCESCO MESSINEO³³, -autor frecuentemente citado por gran parte de nuestra doctrina- frente a los contratantes es esencialmente dispositiva: no normativa. Estos no se apropian de la misión del legislador: simplemente, persiguen finalidades patrimoniales concretas que pueden alcanzar por medio del contrato. Claro que el derecho subjetivo de uno impone una norma de conducta, positiva o negativa, para otro u otros, y por tanto, el negocio jurídico produce tales normas igual que la ley (*lex privata; lex contractus*), pero de ahí no se sigue que la norma contractual o negocial pueda equipararse a la legal o consuetudinaria, para lo cual le falta el requisito de la generalidad y, más todavía, proceder de una fuente con potestad normativa general, es decir, que no precise el beneplácito de los afectados para

³² JACQUES GHESTIN, voz "contrat" en el volumen "*Dictionnaire de la culture juridique*", dirigido por Denis Alland y Stéphane Rials, Quadrige/Lamy-Presses Universitaires de France, París, Octubre 2005, pp.276-281.

³³ FRANCESCO MESSINEO, "*Il contratto in genere*", reimpresión corregida, dos volúmenes, última edición, Giuffrè, Milán 1.972 y 1.973 citado por José Luis Lacruz Berdejo, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echeverría, Francisco Rivero Hernández, *Ob. cit.* pp. 17 a 20 y 49.

imponerles una conducta, porque su poder es externo a ellos.

Es así como debe entenderse la afirmación de LUIGI FERRI³⁴, de que el art. 1.091 (es decir, su equivalente en el Código civil italiano) atribuye a los particulares el poder de crear "normas jurídicas": entiéndase, de convenir reglas de conducta. El precepto, que autoriza a los particulares a pactar cualquier contenido, y constituye el fundamento de la exigibilidad de la conducta prometida, debe contemplarse también, y sobre todo, desde el punto de vista del deudor, al que obliga porque el mismo quiere obligarse, y no en virtud del simple *preceptum* del acreedor, a diferencia de lo que ocurre con el legislador.

Por su parte, RENÉ SAVATIER³⁵, tomando como base el progreso de la técnica, resalta, citado por estos autores, cómo esta transformación viene impulsada por el hecho, en el terreno puramente material, de que el hombre haya llegado a ser dueño de energías cada vez más desmesuradas. Comenzó por el vapor, continuó por la electricidad y el motor de explosión, y hoy va consiguiendo poner al servicio de la industria -como antes al de la guerra- la desintegración del átomo. Las fuerzas así

³⁴ LUIGI FERRI, "La autonomía privada", traducción española de Sancho Mendizabal, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1.968.

³⁵ RENÉ SAVATIER, « *Les metamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui* », Librairie Dalloz, París, 1.952.

conquistadas son tales que se imponen al hombre. Ya no son los individuos los que pueden manejarlas: es necesario un esfuerzo colectivo para ponerse a la altura de estas fuerzas inmensas. Y el contrato individual no basta para ello: ni para asegurar la equidad contractual en unos casos ni para resolver con agilidad las dificultades técnicas en otros.

Cuando se redactó el Código civil francés -el primer código que se puede denominar genuinamente moderno, tras algunos escauceos que el racionalismo jurídico ilustrado había esbozado en el Derecho territorial prusiano-, el artesano fabricaba, con su propio trabajo, los muebles, los aperos de labranza, las telas que un cliente aislado podía comprarle: ese artesano bastaba para llevar su negocio, y a lo más se reunía con unos cuantos obreros con los que le ligaba una relación casi familiar. Cuando un cliente quería construir, adquirir o reparar un objeto, se entendía con el artesano para la ejecución del trabajo. Pero el predominio del artesano cede bajo el dinamismo artesanal de automóviles o electricidad, ni mucho menos la del seguro. Mas también los mismos objetos preferentemente producidos antes por el artesano, son hoy fabricados en serie por la gran industria, y adquiridos en serie por un número anónimo de consumidores; en lugar del artesano hay ahora una fábrica con su personal colectivo, con su clientela colectiva, generalmente, con su masa de

accionistas; para el servicio de las fuerzas cada vez más poderosas que se encuentran a disposición del hombre es preciso un capital mayor; una masa de producción que sólo puede ser suministrada por una colectividad; masas humanas cada vez más grandes para absorber esa producción en serie.

Estos hechos económicos y técnicos producen a la vez un problema moral: el de la igualdad entre los contratantes, que tiende a cero cuando la producción moderna exige instalaciones costosas que solo están en manos de unos pocos. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guía, no está en posición de igualdad para contratar con el obrero al que emplea individualmente, ni, por lo demás, con el consumidor al que vende sus productos. La compañía ferroviaria no está en situación de igualdad, en el contrato, ni con sus empleados, ni con sus viajeros individualmente considerados.

Por otra parte, esta desigualdad manifiesta, aproxima a los que son víctimas individualmente de ella. La comunidad de víctimas resulta de nuevos medios de comunicación, de expresión del pensamiento: automóvil, prensa, teléfono... Todo esto permite a los contratantes aislados conocerse, adquirir espíritu de clase y reaccionar contra la injusticia, reacción que viene fomentada singularmente por el mecanismo político de las democracias: en ellas, las masas de los antiguos débiles,

que ahora son los más fuertes por su organización y su número, ha influido decisivamente en la moderna regulación intervencionista de los contratos.

A su vez, y como dice PIETRO BARCELLONA³⁶, citado por estos autores, el cambio de modelo económico y de la estructura económica, cuyo marco plantearon los códigos, el principio de autonomía, a saber, el modelo de la competencia perfecta, ha sido sustituida en grandes sectores por la de un mercado en régimen de oligopolio o monopolio, razón por la que hoy no resulta adecuado continuar razonando como si la libre competencia fuera lo normal, y las medidas del poder público unas providencias para situaciones excepcionales.

Aquellos sectores, desde luego, no constituyen el total campo de actuación del contrato, por lo que el autor concluye que, igual que para la propiedad, se podría hablar de una pluralidad de regímenes del contrato, correspondiendo a los diversos ámbitos en los que opera, desde los negocios en masa hasta la compra de un inmueble, pasando por el arrendamiento y las relaciones agrarias. Preconizando, en el terreno de los negocios en masa, la superación del contrato como instrumento de composición de los intereses, ya que el equilibrio entre los sacrificios y las ventajas, en tal hipótesis, es

precedente a la estipulación del contrato, y viene establecido unilateralmente por el empresario, que es quien fija las condiciones generales de la venta.

Volviendo a nuestra doctrina, JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO³⁷, entiende que a través de la conclusión del contrato, los contratantes se proponen lograr la satisfacción de sus intereses mediante el establecimiento entre ellos de unas vinculaciones (por lo general, económicas) que el Ordenamiento jurídico sanciona cuando considera que la actuación de los interesados merece su protección. Podemos decir, en efecto, que la pluralidad de partes y el interés de las mismas que merezcan la tutela del Ordenamiento se presentan como presupuestos previos y lógicamente necesarios para que aparezca y exista la figura conceptual del contrato.

Cuando el art. 1254 del Código Civil se propone definir legalmente el contrato, expresando que

³⁶ PIETRO BARCELLONA, *"Diritto privato e processo economico"*, Capítulo 7, Nápoles, 1.977, pp. 339 y ss.

³⁷ JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *"Ob.cit."*, pp. 17 a 20 y 49.

«El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»,

pone claramente de relieve la necesidad de que existan dos o más partes que entre sí convengan y sobre las que recaigan los efectos del contrato, naciendo entre los interesados -en el caso más común de contrato con eficacia constitutiva, que es el contemplado en el texto legal- obligaciones y créditos, ya sea en sentido unilateral o de manera recíproca (aunque la expresión "consentir en obligarse" reclama de suyo la pluralidad de quienes sienten o deciden conjuntamente.

Lo dejó dicho el iusprivatista y filósofo del Derecho alemán, HELMUT COING en sus *"Fundamentos de Filosofía del Derecho"*, 1.950, el contrato es el fenómeno típico de las transacciones en la situación o en el orden de coordinación; de aquí que en los contratos rija el principio de igualdad, debiendo corresponderse proporcionalmente la prestación y la contraprestación. El propio COING no duda en asentar la idea con un texto de HUGO GROCIO.

La jurisprudencia ha aceptado, en ocasiones, para facilitar la aplicación de la disciplina general del contrato, que dentro del amplísimo concepto que define este precepto

puede caber el negocio jurídico unilateral siempre que de él trascienda el propósito deliberado de quedar obligado: en este sentido, aunque con cautelosas matizaciones, las Sentencias de 15 de Enero y 21 de Marzo de 1.957, entre otras. Criterio mantenido, también, por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 10 de junio de 1.977 (EDJ 1977/176); y más recientemente, por las de fechas 16 de febrero de 1.988 (EDJ1988/1248), de 22 de septiembre de 1.988 (EDJ1988/7229), de 10 de octubre de 1988 (EDJ1988/7850), de 6 de noviembre de 1.990 (EDJ1990/10075) y 4 de junio de 1.992 (EDJ1992/5759).

Aunque esta orientación es, según indica el propio Tribunal Supremo, la mayoritaria y más moderna, otras resoluciones adoptan la más adecuada solución contraria: en este sentido alternativo, las sentencias de 15 de Abril de 1.924 y 21 de Junio de 1.945). Más recientemente, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 19 de diciembre de 1991(EDJ 1991/12090) y la de fecha 14 de noviembre de 2003 (EDJ 2003/146413).

Sin una pluralidad de interesados a los que afectasen las consecuencias del negocio no podría identificarse una figura contractual, por lo que estaríamos fuera del ámbito propio de la contratación.

Nuestro Código acoge inicialmente el criterio que asentó el dos veces centenario Código civil francés en el que domina una concepción que se remonta a JEAN DOMAT y ROBERT JOSEPH POTHIER. Sin embargo, con el tiempo, el Código español lleva a sus últimas consecuencias las pretensiones del Código galo, y las manifiesta con mucha mayor expresividad. El art. 1.091 copia literalmente al 1.134 al decir que

«Las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes».

Por su parte, el art. 1.254 reduce a su esquema más simple la figura del contrato, considerando que éste

«... existe desde que una o varias personas consienten en obligarse».

Y el art. 1.255 autoriza a los contratantes para

«... establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente...»,

los cuales, además, a tenor del art. 1.278

«... serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado»

todo ello, salvo las limitaciones concretas impuestas en casos muy específicos por el Código.

¿Qué significa la calificación de ley entre las partes que atribuye el art. 1.091 del C.c. al contrato? Algunos autores han pretendido que la autonomía privada produce normas de naturaleza semejante a las que emanan del legislador, lo cual no se acepta comúnmente y con razón. Ya SAVIGNY distinguía entre la ley y el negocio jurídico por cuanto la ley es fuente de Derecho objetivo, mientras el negocio es fuente de derechos subjetivos y deberes, es decir, de relaciones jurídicas.

Sobre la base del art. 1.134 francés y sus concordantes en distintos códigos posteriores, los tratadistas, hasta época bien reciente, han definido el contrato como "un acuerdo de voluntades destinado a la producción de efectos jurídicos". En un ámbito en el que rigen los principios de lealtad y de confianza, y en el que la exigencia de la equivalencia de las prestaciones asienta la justificación interna de la institución contractual, con frecuencia se ponen de relieve en los contratos dos notas:

a) Que su esencia es el acuerdo de voluntades, porque son éstas las que, al unirse, dan vida al contrato mismo.

b) Que los efectos del contrato se identifican con los que las partes, al contratar, han querido que produjera: efectos que no pueden ser modificados sin la concurrencia de la voluntad de quienes los modelaron. El querer de las partes, que impera sin trabas sobre la formación del contrato, gobierna también, absolutamente sus efectos.

Tal es el presupuesto y el significado del art. 1.255, con arreglo al cual

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Se trata de una visión del contrato fundada en:

a) La igualdad de las partes, situadas ambas en un mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar.

b) La libertad plena de ambas, que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses.

De cuyos presupuestos deriva la omnipotencia de la voluntad de los contratantes: que puedan éstos convenir cualesquiera estipulaciones imaginables y quedar vinculados, en principio, por todas ellas. Si el orden público pone a su voluntad algunas restricciones, sirven para garantizarla y salvaguardarla; para proteger a los incapaces, velar por la integridad del consentimiento e impedir, por ejemplo, que el hombre comprometa sus servicios para toda la vida. Esa visión del contrato como convención aislada entre individuos libres e iguales, ha sufrido profundas transformaciones desde el advenimiento de la sociedad industrial y de la economía de consumo.

El fallo de los presupuestos de la autonomía contractual. En particular, en la contemplación individual de cada contrato, se echan de menos aquellas condiciones de libertad e igualdad de los contratantes que suponía el legislador como base y motivo de la autonomía que concede a aquéllos.

Libertad, la hay en unos casos, y no en otros: puede haberla en los contratos individuales, y no en los de masa.

Mientras, por ejemplo, quien adquiere el paquete mayoritario de acciones de una sociedad suele ser libre para comprar o no, a tal cambio o tal otro; no sucede así -dice GIUSEPPE PANZA³⁸- con la compra de una pastilla de mantequilla. En tal negocio, por obra de la costumbre, de la propaganda o de la estructura de la red de distribución, ni el comprador está en situación de renunciar -para él y su familia- a aquel bien, o procurárselo a precio inferior, ni el vendedor, constreñido a practicar, si quiere permanecer en el mercado, un precio semejante al de sus competidores, puede cobrar más. Con mayor motivo, uno no es libre de hacer o no, uso del tren o el avión cuando ha de desplazarse a larga distancia, o de prescindir del teléfono si tiene un negocio o ejerce una profesión liberal, etc. E incluso, en casos, es obligatorio contratar como en el seguro de vehículos automóviles. El automovilista no puede discutir el clausulado del contrato que le propone la compañía, y además, sabe que la póliza que ofrezca cualquier otra sociedad aseguradora contendrá cláusulas análogas. Para él no existe pues, la posibilidad de negarse a contratar: el poder de facto de los empresarios que operan en el campo del seguro ha anulado completamente todo poder de decisión del otro contratante.

³⁸ GIUSEPPE PANZA, contribución en el volumen colectivo de Nicolo Lipari *"Diritto privato. Una ricerca per l'insecuramento"*, Roma-Bari, 1.976.

En cuanto a la igualdad, ha influido decisivamente sobre el respectivo bargaining power (poder de negociación) de las partes contratantes la radical transformación verificada en las estructuras económicas y sociales en los últimos decenios: el enorme desarrollo de las relaciones comerciales de cambio; el nacimiento de la empresa multinacional. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guía no está en situación de igualdad para contratar con el obrero al que emplea individualmente, ni, por lo demás, con el consumidor al que vende sus productos.

La posición del contratante -comenta PIETRO BARCELLONA³⁹- acaba así muy frecuentemente por reflejar el poder contractual y económico de la categoría social a la que pertenece y a la cual se ha transferido sustancialmente el poder de determinar

³⁹ PIETRO BARCELLONA, (selección de textos de Stefano Rodotà sobre el contrato en general *"Il diritto privato nella società moderna"*, Bolonia 1.971, pp. 205 a 313). En la misma obra, Max Weber concluía:

«... En la vida real la mayor variedad de los esquemas contractuales admitidos por el Ordenamiento, o la autorización para determinar arbitrariamente el contenido de cada contrato sin sujeción a ningún esquema oficial, no garantiza por sí que estas posibilidades formales sean de hecho accesibles a todos ... El resultado de la libertad contractual es, por tanto, la posibilidad de usar ilimitadamente del dominio de determinados bienes para hacer de ellos un instrumento de adquisición de poder sobre otros hombres».

En tales circunstancias Scannicchio llega a decir que

«... El contrato no constituye, como dice el Código, el acuerdo entre dos o más partes, sino el momento del proceso productivo en el cual se realiza la transformación del producto en términos monetarios; el resultado de reacciones psicológicas en el cual la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo, y éste, en muchos casos, es fruto de la propaganda».

el contenido del contrato que, sin embargo, continúa siendo individualmente reconocido por el Ordenamiento.

En la doctrina gala⁴⁰ del período entreguerras, se ofreció un abordaje extremadamente crítico del iuspublicista LEON DUGUIT quien fue reacio a reconocer el papel protagonista de la voluntad en el Derecho de obligaciones, papel que, hasta entonces, apenas si se discutía. Para DUGUIT, la voluntad no sería sino un conmutador que permite el paso a una corriente cuya fuente última se halla en otra parte: en la sociedad. En línea análoga, se expresaba apenas iniciado el siglo XX, el iusprivatista EMMANUEL GOUNOT, cuando sostiene que en el ámbito jurídico, la voluntad no es una fuerza, sino más bien un medio, y sólo tiene derecho a reclamar la protección de la ley en razón de los fines de justicia a los que atiende. Se alega asimismo que, en el plano económico, la libertad consagra con demasiada frecuencia el aplastamiento del débil, o el ninguneo por el fuerte, o, incluso ocasionalmente, puede llegar a tutelar las iniciativas o pretensiones de gentes sin escrúpulos, en particular en una sociedad en la que las partes de la relación jurídica se hallan tantas veces en situación muy desigual en lo que respecta a su inteligencia, a su voluntad o a su poder económico y social.

⁴⁰ Autores citados por JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, "*Ob.cit.*", pp. 25 y 26.

Quien declara su voluntad contrae con ello una responsabilidad frente al destinatario, y singularmente, al cocontratante: el declarante -dice CARIOTA FERRARA- no viviendo aislado, sino estando en el mundo de los negocios, tiene el deber de comportarse de modo normal, vigilantemente; de no estar en determinadas circunstancias, inactivo, y cuando realiza un negocio tiene el deber de ser correcto, honrado, preciso y avisado; de expresar clara y exactamente, además de unívocamente, su querer, sirviéndose de medios adecuados de emisión y de comunicación; tiene el deber de conocer las circunstancias de hecho y las normas (usos), y tiene, finalmente, el deber de estar consciente del significado y del valor vinculante del acto que realiza: no cumpliendo ese deber, puede llegar a verse vinculado por el sentido objetivo de declaraciones suyas que subjetivamente tenían una significación distinta, pero que la contraparte interpretó con arreglo al tenor de las palabras y de las relaciones con el declarante. En lugar de voluntad, entra aquí, entonces, como fundamento del mantenimiento del negocio, la responsabilidad: el negocio se considera válido y produce todos sus efectos contra el declarante sin hallarse respaldado por su voluntad.

El tipo de cada contrato reconocido por la ley -dice CABANILLAS siguiendo a DE CASTRO- no es un mero nombre, sino

que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido, y las reglas dispositivas responden a la que se haya estimado normal, según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contraten estén constreñidos a seguir el modelo legal; señala que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contraríen habrán de tener una adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato.

No obstante, todas estas cuestiones, que no han sido más que apuntadas en las líneas anteriores, serán desarrolladas oportunamente a lo largo de los diversos aspectos que se abordan en este trabajo.

1. SUJETOS DEL CONTRATO

Con carácter general y previo, podemos definir al acreedor como el titular de un derecho de crédito que se integra en su patrimonio como un activo, generador, correspondientemente, de una deuda que se integra en el pasivo patrimonial del deudor. Para ser acreedor o deudor, no se requiere más que la capacidad jurídica general, la titularidad de los derechos subjetivos no requiere nada más, capacidad que se adquiere por el mero hecho de ser persona. Frente a esto, para actuar, para poder ejercer el derecho, es necesaria la capacidad de obrar. Por otro lado, hay que tener presente que las personas jurídicas podrán ser sujetos de esta situación jurídica obligatoria.

Por las propias características de la obligación, es decir, como vínculo jurídico que une a dos personas concretas, ésta obliga únicamente a las partes y no a personas ajenas, hecho que se configura como la fundamental diferencia respecto a los derechos reales, el carácter subjetivo de las relaciones obligatorias. Así, frente a los derechos reales, que pueden ser reclamados ante cualquiera (*erga omnes*), las obligaciones

tienen un carácter relativo, las personas quedan vinculadas de forma concreta y personal, sólo pudiéndose exigir el cumplimiento a la persona o conjunto de personas concreto que ha contraído la obligación. De esta característica, se deduce la necesidad de que los sujetos estén claramente determinados. Si bien, en ocasiones, estos sujetos están desde un primer momento determinados, existe una segunda opción, y es que estos sean determinables. En conclusión, no es admisible la indeterminación absoluta de los sujetos, si bien, sí que es posible una indeterminación actual de los mismos, siempre que en la propia obligación se halle determinada la posibilidad futura de determinación, todo lo cual nos permite hablar de supuestos de indeterminación relativa del sujeto.

En el contrato de gestión de servicios médicos, entendido como arrendamiento de servicios, los sujetos intervinientes adoptan la posición tradicional propia de este tipo contractual. Así, por arrendador, según determina el art. 1.546 del C.c. se llama a

«... aquél que se obliga a prestar el servicio, y arrendatario al que (a cambio del precio estipulado) adquiere derecho al mismo».

Dada la situación de las partes contratantes, es posible identificar al arrendador con la gestora y al arrendatario con el cliente. Sin embargo, y aunque lo que pretendo exponer es la relación jurídica básica existente entre ambos, dependiendo de si los medios empleados por la gestora en cumplir con su obligación son titularidad de la misma o no, pudieran establecerse otras convenciones que vincularían a quienes en ellas intervinieran. No obstante, el contrato en virtud del cual la gestora se compromete a que le sean prestados al cliente los servicios médicos ofertados, se celebra con éste y no con otros, por tanto, el compromiso adquirido, inexcusablemente le compete.

El arrendador, al poner a disposición del arrendatario su actividad para que se sirva voluntaria o involuntariamente de ella (supuesto de inconsciencia o gravedad provocada por una accidente), lo que está haciendo es corresponder a la prestación realizada por el cliente; es decir, las partes contratantes asumen la situación típica de este contrato, diferenciándolo de parecidos como el mandato o presuntamente encajables como el contrato a cargo de tercero, llamado también promesa del hecho ajeno.

- a)** Distinción entre arrendamiento-gestión de servicios médicos y mandato-gestión de servicios médicos:

Para FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ⁴¹

«... en el mandato destaca el ser un contrato y mecanismo de cooperación entre dos personas: y con más precisión, de cooperación por vía de sustitución, cosa que no se da en principio, y menos siempre, en el arrendamiento de servicios»,

añadiendo que

«... no se trata de cualquier tipo de cooperación: La actividad del mandatario, desarrollada en interés y por cuenta del mandante, ha de ser jurídicamente relevante».

En la gestión de servicios médicos, si bien existe coordinación entre la gestora y el facultativo, ya que en esto consiste el cumplimiento de la obligación contraída, en modo alguno se produce sustitución en la actividad desarrollada y concebida por aquélla. Aquí, la gestión es

⁴¹ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, en JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, *"Elementos ... Ob. cit."*, Derecho de obligaciones, volumen III, Contratos y cuasicontratos, p.322.

efectuada en favor del arrendatario desplegando todos los medios necesarios que hagan posible su cobertura sanitaria por el propio arrendador, considerándose el hacer del médico incluido en el hacer de la gestora. En otras palabras, en el arrendamiento-gestión de servicios médicos, el trabajo (gestionar) es realizado directamente por quien asume la veracidad de la oferta lanzada al público y no por cuenta o encargo de otra, como dice el art. 1.709 del C.c. al disponer:

«Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».

A mayor abundamiento, la Jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente respecto a la diferenciación de ambos tipos de contratos, diciendo que el contrato de mandato, definido en el art. 1.709 del Código Civil, se ha interpretado en el sentido de entender, que

«... la diferencia con el arrendamiento de obra radica en que el contratista realiza su trabajo con independencia de la propiedad, y tiene derecho a la correspondiente remuneración en relación con el valor de

la obra realizada; y por lo que respecta al arrendamiento de servicios, el criterio de distinción está en actuar el mandatario, no sólo por encargo, sino obrando por cuenta de quien le confiere el mismo, es decir, gozando de cierto matiz representativo en cuanto su actividad incide en la esfera jurídica del mandante (Sentencias 7 de noviembre de 1947; 21 de abril de 1971; 21 de enero de 1975; 14 de marzo y 17 de diciembre de 1986)». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 21 de diciembre de 1.992 (EDJ 1992/12669).

Además, la caracterización de la diferencia se precisa en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 27 de noviembre de 1.992 (EDJ 1992/11753) cuando dice que

«La expresión "prestar algún servicio" contenida en el art. 1.709 del Código Civil es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al dominus y sustituibilidad

no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario. Las Sentencias de 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 se centran en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo»

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 1.986 (EDJ 1986/1948).

También es importante aclarar que, cuando el cliente contrata con la gestora, ésta, al hacerle entrega del listado de facultativos y de centros hospitalarios está mostrándole la actividad realizada, y si se le admite por realizar, la que en su día corresponderá al médico mediante su atención al arrendatario. Por tanto, el arrendador no satisface su prestación convirtiéndose en mandatario del hipotético arrendatario-mandante, ya que la obligación de medios

establecida no se cumple solo con la intervención del presunto protagonista de esta ficción descartable.

Cabe señalar, como acertadamente hace CARLOS LASARTE ÁLVAREZ⁴² que

«... Actualmente la barrera divisoria entre arrendamiento y mandato viene dada por la naturaleza de las prestaciones a que, respectivamente, se obligan arrendatario y mandatario».

Pues bien, relacionar esto con la posición que pudiera adoptar la gestora en cuanto a su vinculación jurídica con los facultativos encargados de cubrir materialmente la atención médica, daría lugar al establecimiento de figuras contractuales posiblemente incluidas en el Derecho laboral. No obstante, como lo que ahora trato de exponer es la diferenciación entre arrendamiento y mandato en la gestión de servicios médicos, creo interesante abundar en la idea básica de si, en general, los derechos y las obligaciones aceptadas por los sujetos que actúan en la relación configuran uno u otro tipo de contrato.

⁴² CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios ... Ob. cit."*, Tomo III, Contratos, p. 317.

El planteamiento es el que sigue, partiendo de las siguientes posiciones jurídicas en cada una de las relaciones obligatorias existentes:

Así, la gestora (persona jurídica privada) es parte arrendadora en su relación con el arrendatario-cliente (persona física). Asimismo, es parte arrendataria en su relación con los médicos que contrata (persona física privada). Éstos, por su parte, son arrendadores de la arrendataria-gestora.

Entre la gestora y el cliente pudiera nacer el vínculo obligacional propio del arrendamiento de servicios, pues el interés comercial que a ambos importa, tiene su fundamento en la prestación de un servicio a cambio de un precio. Así, cuando el arrendador perfecciona el contrato con el arrendatario, pudiera estar asumiendo la realización de una obligación de medios en su favor. El desarrollo de la misma implica una labor que no se produce a instancia del arrendatario; es la propia gestora quien se sirve del contratado médico-arrendador para cumplir. En este sentido MANUEL ALBALADEJO⁴³ el arrendador se obliga a la realización

⁴³ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de obligaciones, volumen 2, p. 319.

de un trabajo (material o intelectual) y, continúa diciendo, el obrero o el empleado trabajan para quien los contrató.

Consiguientemente, entiendo que aquí no se da el «... *por cuenta o encargo de otra*» del art. 1.709 del C.c. ni por parte del arrendatario-cliente al contratar con el arrendador-gestora, ni tampoco de ésta actuando como arrendataria del médico arrendador. Pensemos que cuando se trabaja para otra persona, no necesariamente el tipo contractual se presenta con nitidez absoluta; de ahí que, cuando el criterio de distinción entre arrendamiento de servicios y mandato consiste en llevar a la práctica asuntos materiales o jurídicos, sucede que, en numerosas ocasiones, al

«... obrar jurídicamente por cuenta de su principal, tendremos que en el obrero o empleado se darán unidos los conceptos de arrendador (de sus servicios a su principal) y de mandatario (de dicho principal)»⁴⁴.

⁴⁴ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *“Derecho ... Ob. cit. II”*, Derecho de obligaciones, volumen 2, p. 319.

b) Distinción entre el contrato de gestión de servicios médicos y el contrato a cargo de tercero:

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ⁴⁵ expresa:

«... Con relativa frecuencia, se dan en el actual tráfico jurídico supuestos contractuales en los que la obligación a cargo de una de las partes contratantes (a la que podemos seguir denominando promitente) consiste, precisamente, en conseguir que un tercero celebre un contrato con la otra parte o se avenga a cumplir las obligaciones del contrato base celebrado entre promitente y promisario».

En la promesa del hecho ajeno la situación, como contrato de gestión de servicios médicos, de las partes contratantes es la siguiente: El promitente sería la gestora, que en su propio nombre promete al promisario-cliente que el tercero-médico llevará a cabo una obligación a su favor.

Con este planteamiento, la prestación asumida por la gestora se incardinaria en la dependencia de la aceptación del médico para poder convertirse en realidad. Es decir, aquí

⁴⁵ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, "Principios ... Ob. cit.", Tomo III, Contratos, p. 132.

el compromiso alcanzaría solamente a la disposición y no a la obligación que la gestora, al contratar con el cliente, ha contraído directamente de prestarle los servicios médicos, a partir de ese momento, retribuidos.

Para MANUEL ALBALADEJO⁴⁶

«... Hace falta el consentimiento del tercero, que puede haberlo dado previamente (en cuyo caso queda obligado desde que el contrato se celebra) o con posterioridad (en cuyo caso su obligación nace cuando consiente)».

Sea como fuere, lo cierto es que el objeto del contrato se pone, en cuanto a su cumplimiento, en manos del tercero médico cuando la gestora en la oferta figura como procuradora del mismo. De gran interés resulta la exposición de LASARTE ÁLVAREZ⁴⁷

«... Si la actividad intermediadora del promitente ofrece el resultado previsto, determinando la vinculación contractual entre promisario y tercero (sea

⁴⁶ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de obligaciones, volumen 1, p. 457.

⁴⁷ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios ... Ob. cit."*, Tomo III, Contratos, p. 133.

asumiendo el llamado contrato-base o celebrando un nuevo contrato), obviamente el promitente queda liberado de la obligación de resultado que sobre él recaía, en cuanto su cumplimiento determina la extinción de ella (art. 1.156), y puede reclamar (o, en su caso, hacer suyo) el precio fijado para su tarea intermediadora».

El desplazamiento, por tanto, de la realización de la prestación a quien no ha contratado con el cliente, al menos en el sentido, de responder del cumplimiento de lo prometido (atención médica) en un primer momento, quiebra a mi entender, la relación jurídica que se corresponde con el arrendamiento de servicios. También conviene tener presente que la gestora, a mi parecer, no ejerce funciones de promitente cuando actúa para conseguir que otro (el tercero médico) satisfaga (en el supuesto caso de que así sea) el contenido del contrato, pues la actividad desarrollada por el facultativo pudiera tener dependencia, no solo de los clientes proporcionados por la gestora, sino también, de su vinculación directa con la misma en virtud de un arrendamiento anterior que escaparía al encargo puntual o a la asunción de un negocio celebrado por otros.

En orden a la prestación del consentimiento es esencial, a la hora de analizar el acuerdo de voluntades conducente a

la celebración de este contrato, si se toma la gestión de servicios médicos en el sentido de obligación de medios que un tercero debe hacer efectiva al promisorio, previa obtención por el promitente de la misma, bien a través de una relación contractual entre tercero y promisorio, bien asumiendo el encargo de llevar a cabo lo acordado por promitente y promisorio, produciéndose, por tanto, dos tipos de vinculaciones jurídicas que a continuación paso a analizar:

1º) El promitente logra que el tercero contrate con el promisorio:

Aquí, desplegando su propio hacer, y no figurando como representante de quien contratará con el promisorio, el promitente pretende conseguir que ambos (tercero y promisorio) den su consentimiento dando lugar a derechos y obligaciones recíprocas. Planteado así, esto supondría que la gestora simplemente, se limita a poner en disposición de celebrar el contrato a las partes interesadas, pudiendo percibir, incluso, una retribución por ello. Se advierte entonces, una situación en la que no es el cliente el que acude en un primer momento, al tercero para obligarse, ni a la inversa. Son los medios ofrecidos por aquélla, los que determinarán la relación jurídica posterior. Así pues,

tampoco sería pacífico concretar cual es el tipo de obligación utilizada por la gestora para satisfacer su compromiso con el cliente.

El empleo de una obligación de actividad a efectos de proporcionar el contrato, no asegura la consecución del mismo por el promitente-gestora. Es más, si lo único que debe hacer es dar al tercero-médico certeza de que el vínculo obligacional se establecerá con el promisorio-cliente, parece lógico pensar que los medios no son suficientes, haciéndose necesario el concurso de otra clase de obligación. Consiguientemente, la prestación incorporaría el resultado celebración del contrato, pero también avivaría la polémica sobre la idoneidad de una u otra solución; mas para lo que aquí interesa, la comparación con el arrendamiento de servicios como gestión, pone de manifiesto otra diferencia que, a mi modo de ver, consistiría en la posibilidad de una relación comercial anterior entre el tercero-médico y la gestora, evitándose así el tener que recurrir a figuras contractuales cuya aparente similitud induce a confusión.

2º) El tercero se obliga respecto a lo contratado por promitente y promisorio:

En esta vinculación jurídica, el tercero-médico solamente acataría, a efectos de su cumplimiento, lo acordado por las partes contratantes (promitente y promisorio); es decir, prestar atención médica al promisorio-cliente. Es importante destacar que tampoco aquí se produciría representación del tercero-médico, ubicándose la obligación del promitente-gestora en la consecución del resultado que implicaría al tercero-médico en el inexcusable compromiso de hacer realidad lo convenido por los otros dos sujetos del contrato.

La hipótesis que, a mi modo de ver, pudiera darse en este supuesto es la siguiente: El art. 1.259, párrafo 2º del C.c. dice

«El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

Pues bien, está claro que si el promitente no ostenta representación del tercero está arrendando su resultado al promisorio, respondiendo de la no conformidad de éste con responsabilidad. La situación por tanto, pone de manifiesto

la pasividad del tercero en cuanto a intervenir en la celebración del contrato, y sin embargo, la aceptación de lo que en él se conviene es absoluta.

Llamativa es también la medida que alcanza la obligación del promitente, ciñéndose en este caso exclusivamente a conseguir la subordinación del tercero, lo que, a mi juicio, supondría un plus respecto al supuesto anterior en que lo querido solamente es el contrato.

Se contrata atención médica con la gestora, no con el médico, por lo que en caso de incumplimiento se iría en primer lugar contra ésta.

Para finalizar con los sujetos del contrato, indicaré que, en cuanto a la capacidad de las partes será de aplicación lo referente a la capacidad general para contratar al no establecer nuestro Código Civil ninguna singularidad.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

Ahora, procede hacer referencia a aquellos aspectos o requisitos que integran la estructura del contrato. La doctrina actual procede a diferenciar diversas categorías de elementos y así se distingue entre: 1) elementos naturales que son aquellos que el legislador entiende que siempre se dan dentro de un determinado tipo contractual, pero que, en virtud del principio de libertad de pacto, consagrado en el artículo 1.255 del Código civil, las partes pueden excluir, por el carácter dispositivo de la norma que los contiene; 2) elementos accidentales, que son aquellos que las partes pueden agregar por su voluntad. Para la doctrina, estos elementos no forman parte natural del contrato y, generalmente, son insertados en este grupo, la condición, el término y, para algunos, el modo; y, finalmente, 3) elementos esenciales, a los que prestaremos especial atención en este trabajo.

No obstante, no debemos olvidar que la forma es, en ocasiones, exigida como requisito esencial, y es así, cuando viene exigida de forma expresa por la ley.

Pues bien, hecha esa breve introducción, hay que reseñar que es habitual, al abordar la teoría general de los contratos, hacer referencia a los denominados elementos esenciales de los mismos.

Éstos, siguiendo a MANUEL ALBALADEJO⁴⁸, son frecuentemente calificados, en sentido estricto, como requisitos del negocio. Es decir, se equiparan los términos elementos y requisitos.

Por lo que se refiere a nuestro Código, habla de "requisito", en artículos como el 1.261, 1.300, etc., en un sentido no siempre estrictamente idéntico, pero queriendo significar las circunstancias que son de esencia al negocio; y con el mismo propósito, emplea otras veces la expresión "condiciones esenciales para su validez". De esta manera se pronuncia, por ejemplo, en el art. 1.278.

Así, este autor, entiende que, desde un punto de vista de lógica abstracta, no habría que equiparar elementos y

requisitos: por ejemplo, el elemento declaración de voluntad debe reunir el requisito de hallarse exento de vicios (error, dolo, etc.). De manera que así quedaría claro que puede existir el elemento, pero ser inválido el negocio por no reunir aquél los debidos requisitos. Esta interpretación, le lleva a concluir que, por "elemento" del negocio, lo más correcto sería entender cada uno de los componentes del mismo. Y es en ese sentido, en el que debe entenderse cuando se habla de la declaración de voluntad, como único elemento esencial a todo negocio.

No obstante lo anterior, y a tenor de una tradicional doctrina que distingue a los elementos del negocio en esenciales, naturales y accidentales, el término "elemento" tendría otro sentido. A saber:

«... Elementos esenciales (essentialia negotii) son aquéllos sin los que el negocio no puede llegar a formarse».

Sin embargo, la propia doctrina es discordante respecto a cuáles deben tener dicha consideración, encontrando quienes los reducen a la declaración de voluntad, hasta quienes enumeran una larga relación de ellos (declaración, voluntad, capacidad,

⁴⁸ MANUEL ALABALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de

legitimación, objeto, causa, forma), habiendo, además, diversas posiciones intermedias. Asimismo, los elementos esenciales pueden ser comunes y especiales, según sean esenciales a todo negocio, o solo lo sean a un tipo. Los antes citados serían esenciales comunes.

Hecha esta breve referencia a los elementos esenciales de los contratos, se procede a tratar el primero de ellos:

2.1. CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES

En aplicación de las concepciones consensualistas, el acto jurídico se fundamenta en la voluntad; de aquí que el Derecho positivo y la práctica jurisprudencial deba ser puntualmente exigente en lo que concierne a la cualidad del consentimiento emitido por las partes, de tal manera que, para que se pueda considerar que un contrato está dotado de la fuerza obligatoria plena, es preciso que el consentimiento sea tan inequívoco como libre. Así lo consolida el artículo 1.109 del Código de Napoleón.

Por lo que concierne a esta cuestión, el maestro complutense MANUEL ALBALADEJO⁴⁹ sostiene que

«... El consentimiento (de sentire cum) consiste en la concordancia de las dos (o más) voluntades (declaradas) de las partes que celebren el contrato. En otro caso, no hay consenso, hay disenso; y, entonces no llega a formarse el contrato. Formación es el surgir del negocio, el nacer, el venir a la existencia. El negocio se forma cuando se han reunido todos sus elementos. De tal manera que, si consta de una sola declaración de voluntad, queda formado desde que ésta existe; y si se requiere, además, otros elementos, cuando estos concurren.

El concepto expuesto de formación se expresa también con otros términos, como conclusión y perfección que, particularmente se utilizan para aludir a la formación de ciertos negocios, como los contratos. La formación es cosa distinta de la validez; y así, el negocio formado puede ser inválido. Por ejemplo, si adolece de un vicio (error, dolo, intimidación, etc.)».

El art. 1.262. 1º del C.c. dice que

⁴⁹ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, "Derecho ... Ob. cit. II", Derecho de

« El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación (las dos declaraciones de voluntad de las partes) sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato ».

Realmente lo que se quiere expresar es que ambas partes coincidan en querer lo mismo desde diversos puntos de vista o posiciones contrapuestas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de abril de 1977, nº 166/1977(EDJ 1977/104) viene a reconocer que, en su más general acepción, el consentimiento es la coincidencia de dos o más voluntades, para la producción de un efecto jurídico, y si éste es la constitución de una obligación, originará el contrato tan pronto como se dé el concurso de la oferta y de la aceptación. En puridad, lo único que requiere el contrato es el consentimiento de las partes puesto que éste, conforme al art. 1.262, implica la conformidad sobre la cosa y sobre la causa que han de constituir el contrato, comprendiéndolas de tal modo que el art. 1.258 puede decir con razón que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento.

El consentimiento ciertamente consiste en estar de acuerdo o conformes las partes, pero esta conformidad ha de producir la determinación, por lo menos, de todos aquellos extremos del contrato que no estén ya determinados por el Ordenamiento.

Aclararé más lo dicho:

1º) No basta que las partes estén de acuerdo, pues es necesario, como dice el art. 1.262.1º, que la conformidad recaiga sobre la cosa (objeto del contrato) y la causa, de modo que fije las obligaciones que las partes asumen (o las de que el contrato las libera, o, si es que modifica obligaciones anteriores, cómo las modifica), determinando las prestaciones a que se comprometen, pues en otro caso, quedando éstas indeterminadas no se produciría vinculación jurídica entre los interesados.

Lo que significa que para consentimiento contractual es insuficiente el acuerdo que no precisa ya todo lo anterior, sino que consiste en estar conformes las partes en precisarlo después. Tal cosa, si bien -vulgarmente hablando- es estar conformes ahora, no es celebrar ya un contrato, sino aplazar éste hasta que recaiga posteriormente el acuerdo previsto.

2º) He dicho que los extremos que deben ser precisados por el consentimiento de los interesados son, por lo menos, los no regulados -en forma supletoria o en forma imperativa- por el Ordenamiento, pues los sí regulados en él -presupuesta la concordancia general de la voluntad de las partes- ciertamente pueden éstas regularlos también específicamente como quieran-. Ello solo es posible si la regulación legal no es imperativa, sino supletoria. Siendo imperativa, las partes o acoplan su consentimiento a lo que la ley dispone, o no pueden contratar. Es decir, la libertad que les queda, si no desean acatar la norma imperativa, no es sino la de no otorgar el contrato, no otorgar el consentimiento, pero no tienen la de consentir en términos distintos de los que la ley autoriza, pero si no han dispuesto sobre ellos, se rigen por lo establecido en las normas pertinentes.

Siguiendo a LUÍS DIEZ-PICAZO y ANTONIO GULLON⁵⁰, en el consentimiento de los contratantes plasmado en sus respectivas declaraciones de voluntad hay que mantener separados los siguientes fenómenos:

⁵⁰ LUÍS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, "Ob. cit.", p. 40.

a) la voluntad interna e individual de cada contratante, en la que puede valorarse el simple querer y el propósito empírico que la guía;

b) la declaración que el contratante emite y a través de la cual su voluntad es conocida, tanto por el otro contratante, como por las demás personas;

c) lo que puede llamarse la voluntad o intención común, es decir, aquella zona donde las dos declaraciones (o más declaraciones) coinciden, pues es evidente que el contrato supone esa zona de coincidencia. Si las declaraciones no se cruzasen habría disenso o desacuerdo, pero no contrato.

ROBERTO BLANQUER UBEROS⁵¹, por su parte, entiende que el consentimiento, esto es, el acuerdo de voluntades, la voluntad común es el elemento esencial del concepto del contrato y es el elemento vivificador de cada contrato, determinante de su existencia en cuanto recaiga sobre objeto posible, lícito y determinado, se corresponde a una causa suficiente y se expresa en forma suficiente o adecuada. El consentimiento se manifiesta por la confluencia de la voluntad declarada por las partes que celebran el contrato.

⁵¹ ROBERTO BLANQUER UBEROS, "Nuevos esquemas contractuales (Una visión notarial)", «Revista de Derecho Notarial» n° 125-126, Madrid, 1.984, p. 41.

Desde que se produce el consentimiento existe el contrato; antes de producirse, no existe contrato. Así, el art. 1.254 del C.c. dispone

«El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Este art. 1.254, y para lo que ahora interesa, convendría relacionarlo con el art. 1.088 del mismo cuerpo legal civil que dice

«Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

Pues bien, si la gestión de servicios médicos tiene como tracto el querer del gestor, traducido en un hacer consistente en prometer al acreedor que éste será atendido, esa promesa, con independencia del trabajo o esfuerzo que ello cueste al promitente o del tiempo que le lleve la realización de lo prometido, significa consentir en la solidez de la oferta.

En palabras de MANUEL ALBALADEJO⁵²

⁵² MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *“Derecho ... Ob. cit. II”*, Derecho de

«...Solo hay oferta cuando el contrato puede concluirse simplemente mediante la aceptación, sin necesidad de ulterior declaración del oferente».

En este sentido, la Jurisprudencia ha venido manteniendo que la declaración de voluntad por parte del oferente ha de manifestarse de modo que inequívocamente revele el propósito de vincularse contractualmente con los correspondientes requisitos de consentimiento -con capacidad- objeto, causa, y de forma tal, que pueda quedar perfecto el contrato por la simple adhesión de la otra parte (Entre otras, STS de 28 de Mayo de 1.945). En este sentido, y más recientemente, Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, 19 de noviembre de 1.974 (EDJ 1974/116), de 23 de marzo de 1.988 (EDJ 1988/2436), y de fecha 20 de abril de 2.001 (EDJ 2001/6419).

De ello se sigue que la oferta, en principio, tiene que contener todos los extremos (elementos, se dice frecuentemente) necesarios para el futuro contrato, salvo que exista un precepto legal del que se deduzcan.

El art. 1.262.1 del C.c. establece con claridad en qué consiste la manifestación del consentimiento en nuestro Derecho Privado, es decir, que las partes quieren, cada una para sí, alcanzar lo que se han propuesto al expresarlo. Ahora bien, este consentimiento va ineludiblemente unido, debe estar en concordancia con lo querido; y, lo querido no implicaría la posibilidad de incurrir, con anterioridad a su plasmación, en alguno de los vicios que determinarían su invalidez. Simplemente, y por tomar en consideración, a modo de ejemplo, a la parte teóricamente más débil, es decir, el cliente, pudiera plantearse que el querer de éste coincida plenamente con lo querido (oferta de la sociedad médica) y aceptado, pero sin reparar, puesto que no tiene por qué ser entendido en Derecho, en el procedimiento de realización de la prestación por parte de la gestora.

Sucedería, pues, que nadie ha faltado a la verdad: Hay oferta y hay aceptación; hay intercambio de precio por servicios médicos; todo es correcto. Sin embargo, ¿Las obligaciones que se habrían constituido podrían estar fijadas con la misma determinación? Me explico: Si el cliente consiente en pagar es porque la gestora consiente en prestar la atención médica; por tanto, existen auténticas voluntades declaradas, coincidentes además, con el proceso previo a la contratación, de formación de las voluntades respectivas sin injerencias

sancionables. Esto es así, pero, no se puede obviar la incógnita para el cliente, desde un punto de vista objetivo, si el acuerdo «... sobre la cosa ... », como dice el art. 1.262 1º de nuestro Código civil, y el art. 1.254 del mismo cuerpo legal «... obligarse, respecto a otra ... a dar alguna cosa ... », esto último es evidente por el pago del precio, mas ¿El querer de lo que se contrata es igual al querer de lo que puede resultar contratado? ¿La certeza del cliente en que la gestora ya tiene los servicios médicos que conformarían la oferta por él aceptada es exacta? O ¿La ejecución de la gestión de la prestación médica se produciría a posteriori?

En cuanto a la gestora, insistiendo en el art. 1.254 del C.c. que dice «...obligarse, respecto a otra ... a prestar algún servicio...», aquí, nítidamente, quedaría obligada a esa prestación, pero se entendería por solución a la misma ¿Su ejecución cada vez que el cliente lo solicitase, puesto que ya tenía obtenida la gestión? O ¿Ante la solicitud del cliente, emprendería el iter natural tendente a su consecución?

La problemática se plantea con referencia al procedimiento de realización de la prestación por parte de la gestora. Procedimiento solamente constatable para el beneficiario cuando acuda al médico, aunque lo diera por cierto antes, ahí radica la creencia de su querer.

2.1.1. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

En el análisis del concepto abstracto de declaración de voluntad -concepto que, al igual que el de negocio jurídico, solo se utilizó por los tratadistas a partir del siglo XVIII, si bien tuvo un antecedente más remoto en la doctrina contractual de HUGO GROCIO (1.583-1.645), quien consideraba a la "*declaratio voluntatis*" como el fundamento último de la vinculación jurídica (Grotius "*De iure belli ac pacis. Libri tres, in quibus ius naturae et gentium item ius publici praecipua explicantur*", Paris, 1.625, capítulo XI)-, desde el punto de vista de la voluntad y de la declaración, se hace preciso abordar, siguiendo al maestro complutense FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO⁵³ (1.903-1.983), un breve recorrido por la doctrina clásica más destacada. Por ello, es necesario partir de la consideración de las teorías que la dogmática jurídica ha ofrecido al respecto:

1. La Teoría de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY (1.779-1.861):
Concepción que encuentra su forma canónica en el tomo III

⁵³ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "*El negocio jurídico*" (1.967) (Reimpresión), Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.991. Pp. 57 a 60 y 62 a 63.

de su "*Sistema de Derecho Romano actual*", sin duda, su obra de mayor calado y envergadura, ocho tomos publicados entre 1.840-1.849, y cuya última expresión se recoge en la inacabada obra del citado profesor de la Universidad de Berlín, "*El derecho de obligaciones como parte del Derecho Romano actual*", en dos volúmenes editados entre 1.851-1.853. En ambos textos reexamina la tradición dogmática contrastándola con las fuentes romanas, reconduciendo el conjunto a un auténtico sistema actual del derecho positivo, recurriendo a los conceptos modernos de inspiración liberal.

SAVIGNY, desarrollando un criterio que era opinión común entre civilistas y canonistas, se aparta de la jurisprudencia artesanal y propone tratar como sinónimos los sintagmas "negocios jurídicos", "declaración de voluntad", si bien, desarrolla con preferencia en sus textos este último sintagma, en plena congruencia con el papel relevante que atribuye al factor de la voluntad. Nuestro autor estaba persuadido de que la voluntad es "lo único importante y eficaz en los contratos"; pero que, al tratarse de un elemento invisible, necesitamos de un signo que la manifieste y nos permita conocerla, signo que no es otro que la citada declaración de voluntad. Voluntad y declaración de voluntad se encontrarían así, en una

constante relación de interdependencia relacional, que también se expresa diciendo que no existe voluntad sin declaración, ni declaración sin voluntad, en los negocios jurídicos. Si bien, siempre cuida destacar la primacía de la voluntad, alma a la que da la declaración. Esta teoría, con el tiempo, sería denominada teoría voluntarista.

2. La teoría declaracionista: Concepción que tiene su desarrollo doctrinal en el último cuarto del siglo XIX. En efecto, en 1.874, no muchos años después de las obras de SAVIGNY, comienzan a explicitarse, desde la dogmática jurídica, una serie de críticas a la teoría voluntarista desde una posición que los tratadistas denominarán teoría de la declaración, en base al papel protagónico que el negocio jurídico atribuye en sus exponentes a la declaración.

Las primeras censuras a las tesis voluntaristas imputaban a éstas una deficiente descripción del tráfico jurídico al sustentar el negocio jurídico en la voluntad, ya que así el contrato se sustentaba en un vínculo muy poco fiable, hasta el punto que el llamado error inexcusable podía quebrar (RÖVER). Un año después, se agrega a las críticas un nuevo argumento, en cuya virtud, quien crea la apariencia, responde de la apariencia externa de su voluntad, como si

realmente hubiera querido. Concepción que desarrolló en su teoría del negocio jurídico abstracto en el ámbito del derecho privado, el juez, tratadista y político alemán OTTO BÄHR (1.817-1.895), en su conocida publicación "*Die Anerkennung als verpflichtungs grund*", publicada en Cassel, en el año 1.855, obra en la que desarrollando la figura de la *stipulatio* romana, desde la óptica de las ideas liberales dominantes (no en vano BÄHR perteneció al ala derecha del partido liberal nacional al que representó en el Parlamento de Alemania del Norte, en el Reichstag y en el Congreso Prusiano) sobre el ilimitado poder creador de la libertad individual, en vistas a favorecer la libertad y la seguridad en el tráfico jurídico. Concluye en dar forma a la figura del negocio jurídico abstracto, cuyo arraigo fue tal que, al parecer, el BGB renunció a regular la causa como requisito del negocio en base a las tesis de BÄHR.

No mucho después, en 1.878, se formula de modo más preciso la teoría declaracionista. En su versión, el Derecho no dice: "elige tu efecto y te lo doy", sino que, más bien, dice: "concedo un efecto a ciertos actos"; si has elegido uno -la declaración- el efecto jurídico se produce "*vi legis*", y es indiferente que tal efecto sea o no sea querido. Así lo entendieron otros dos tratadistas del siglo XIX: el neohegeliano JOSEF KOHLER (1.849-1.919), dentro de

su concepción general del mundo, en la cual se considera al Derecho como una manifestación cultural, así como el destacado civilista y exponente de la jurisprudencia de conceptos, AUGUST THON (1.839-1.912).

3. La reformulación de la teoría voluntarista: En el mismo año últimamente citado, se producen replicas a la teoría declaracionista, con el propósito de reafirmar la primacía de la voluntad. La libertad de las personas se realiza de verdad cuando el Derecho se expresa de este modo: "necesitas sólo decir qué consecuencias forman el contenido de lo que deseas", para que a ello se le otorgue valor jurídico, para que nazca el negocio jurídico. La teoría declaracionista es sometida a crítica, y se le reprocha que confunda el negocio con el acto jurídico, sacrificando así la autonomía de la voluntad y la "libertad jurídica". Con dicha teoría se agrega, se llega a conclusiones inaceptables; se obligará a cumplir lo ofrecido por equivocación o por broma, y se pondrá así en peligro la seguridad misma del comercio, al no ser posible la rectificación inmediata y colocando al que habla bajo la amenaza constante de que se tome por declaración lo dicho sin querer. Así lo entendió el jurisconsulto y escritor alemán, profesor ordinario de Derecho civil y Derecho romano en las Universidades de Leipzig, Gotinga, Rostock,

Halle y Bonn, ERNST ZITELMANN (1.852-1.923), en sus valoraciones críticas al proyecto del Código civil alemán (1.896) y en una serie de monografías sobre el propio Código (1.889-1.890).

4. Resultado insatisfactorio de las teorías voluntarista y declaracionista: Los distintos autores que se han ocupado de la cuestión, se fueron alineando a favor de una u otra teoría, y se entregaron al juego de imputarse, a veces de manera caricaturesca, las contraindicaciones y defectos de la posición adversa. Como consecuencia de esta controversia, se ha puesto de manifiesto que ninguna de las teorías concuerda por completo con el vigente Derecho positivo, y que, si se las lleva a sus consecuencias, de acuerdo con sus exigencias lógicas, estarían muy lejos de satisfacer las condiciones propias del tráfico de buena fe. En efecto, la teoría voluntarista no puede explicar la validez del negocio bajo reserva mental ya que en él, falta la voluntad, ni la del contrato celebrado con error inexcusable, pues en él tampoco se quiso lo declarado; incluso, contradiría el que se tenga por anulable y no por nulo el negocio en el que se aprecia el vicio de error, ya que la carencia de voluntad debería determinar el no ser del negocio. La teoría declaracionista, por su parte, se encuentra ante el escollo inevitable de los casos en los

que una declaración, en sí misma correcta, no se considera suficiente para la validez del negocio, y en el que el defecto de la voluntad determina su nulidad o anulabilidad; así, por ejemplo, el celebrado "*jocandi causa*", el simulado y el contraído por error excusable.

5. La teoría de la responsabilidad: En un pionero trabajo de RUDOLF VON IHERING (1.818-1.892), publicado cuatro años después de que fundara, junto con CARL FRIEDRICH VON GERBER (1.823-1.891), el "*Anuario para el estudio dogmático del Derecho Romano actual y del Derecho privado alemán*", trabajo titulado "*La culpa in contrahendo o indemnización por daños en los contratos nulos o que no se han perfeccionado*". Texto que se inscribe en la etapa que se ha dado en llamar del "primer IHERING", esto es, del IHERING identificado con la jurisprudencia de conceptos y las tesis del primado de la lógica, a costa de forzar los textos romanos estudiados, se ofrecía una nueva situación a la dificultad; se sostiene que, además de la voluntad y de las declaraciones, habría de apreciarse la conducta de los que entran en tratos, y así debería responder por los daños que causara quien incurriera en culpa. La idea se fue abriendo camino y se vio recogida por la última gran figura de la Escuela histórica del Derecho, uno de los más destacados representantes de la pandectística e inspirador del

contemporáneo orden jurídico privado alemán, BERNHARD WINDSCHEID (1.817-1.892). La tesis citada se invocaría con la finalidad de matizar y apuntalar la teoría de la voluntad. Así, se sostiene que cuando la divergencia entre declaración y voluntad se deba a dolo o culpa lata de un declarante, éste deberá responder de lo que declaró, como si verdaderamente lo hubiera también querido. De aquí que el administrativista francés MARCEL WALINE (1.900-1.982), considere errónea la común presentación de BERNHARD WINDSCHEID como uno de los corifeos de la teoría de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que, como prueba una publicación de éste, el año 1.891, en la que entiende a la voluntad del orden jurídico, esto es a la voluntad del sistema de reglas del Derecho objetivo, como el auténtico elemento determinante de los derechos subjetivos. Aun así, en su *“Tratado de Pandectas”*, BERNHARD WINDSCHEID concluye que “el negocio jurídico es declaración de voluntad. Se declara la voluntad de que debe producirse un efecto jurídico, y el orden jurídico admite que se produzca en la medida en que ha sido querido por el autor del negocio jurídico”.

6. Teorías intermedias: El cansancio que generó en la doctrina el debate de los tratadistas, tras una discusión que se prolongó durante más de medio siglo, generó el desarrollo

de fórmulas conciliatorias o de compromiso. Los redactores del Código civil alemán sostuvieron que era inviable la explicación del negocio jurídico en base, tan solo, a una de las teorías en conflicto y sugirieron optar por resolver las cuestiones atendiendo a exigencias de carácter práctico, en consideración, básicamente, de los intereses en conflicto. La referencia a los intereses en juego resultó especialmente iluminadora al respecto. La teoría voluntarista cuidaba principalmente del interés del declarante (en general, se pensaba en el cliente), liberándole de responsabilidad si declaró sin voluntad o con voluntad viciada, y ello a costa de quien recibe la declaración. La teoría de la declaración, por el contrario, protege a quien recibe la declaración (se piensa entonces en el empresario). Para soslayar tales extremadas consecuencias, en época ya más cercana, se ha buscado contrapesar la posición ventajosa de cada una de las partes, evitando los resultados más injustos. Tomando como punto de partida la primacía de la voluntad, se le ha condicionado, agregando que la "conducta jurídicamente eficaz" se ha de valorar en base de la confianza que ella haya despertado, de modo que "para quien recibe una declaración de voluntad, valdrá como exacto el contenido reconocible de la misma, excepto si aquél conocía o tenía que conocer lo inexacto de la declaración"(ALFRED MANIGK

1.873-1.942). Desde la postura propia de la teoría de la declaración, entendiendo que quien declara es autorresponsable de su conducta (se le impone la carga de hablar claro), su responsabilidad es templada, añadiendo que ella sólo existirá: "si es consciente de la trascendencia social de su propia actitud y así haya podido conocer la significación objetiva que se le atribuye en el ámbito social en el que actúa". Posición sostenida ejemplarmente por el romanista, iusprivatista, procesalista e internacionalista italiano EMILIO BETTI (1.890-1.968), que se ocupó del Derecho de obligaciones desde su innovadora tesis sobre *"El contraer y las obligaciones de contraer en los juristas romanos"*, (Bologna, 1.912), y que toma cuerpo en su *"Teoría general del negocio jurídico"*, (Turín, 1.943), obra en la que presenta el negocio jurídico, no como declaración de voluntad, sino como precepto de la autonomía privada, esto es, como autorregulación vinculante de los intereses propios, y en su definitiva *"Teoría general de las obligaciones en Derecho civil"* (1.953-1.956), asentada sobre la idea de cooperación entre las partes e inspirada por la valoración comparativa de los intereses en juego y la consideración teleológica de las relaciones jurídicas.

7. La declaración como precepto: Como una nueva manera de

enfocar y resolver el problema, se ha defendido, entre otros por quien, desde la especialización en Derecho civil y mercantil en la Universidad de Gena, deriva hacia la cátedra de Derecho del trabajo de la Universidad de Colonia, el profesor HANS CARL NIPPERDEY (1.895-1.968). Ya en la puesta al día del *"Tratado de Derecho civil"* de LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, editado desde 1.931 bajo su dirección científica, y en cuyos contenidos NIPPERDEY incorporó su contribución al estudio de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

En 1.920, NIPPERDEY dio a la luz una monografía en la que analiza el contrato-dictado, así como los límites que a la autonomía de la voluntad imponen los contratos tipo, analizando los límites y cautelas que deben establecerse al respecto, en un análisis del que arranca la actual disciplina de las cláusulas abusivas y de las condiciones generales de la contratación. A partir de 1.927, NIPPERDEY, junto con el profesor ALFRED VON HUECK inicia la publicación de su tratado de Derecho del trabajo, en el que se ofrece un desarrollo amplísimo del contrato de trabajo y del Derecho colectivo del trabajo, en donde elevó a principios fundamentales del Derecho colectivo del trabajo, la protección del trabajador, la autonomía colectiva, la codecisión en la empresa y la defensa de

intereses conectada a la paz laboral.

Lo característico de la declaración radicaría en que origina un deber ser ("Sollenserklärung") o, en que establece aquello que será válido ("Geltungserklärung"). Es decir, que mediante la declaración se origina una norma concreta que obliga a los particulares, de tal manera que el negocio contiene un precepto con el que los particulares regulan entre sí sus relaciones. Esta teoría, recibida inicialmente con recelo y críticas, parece, sin embargo, que terminó abriéndose camino. Se la defiende, como superadora de la polémica sobre la primacía entre voluntad y declaración (H.C. NIPPERDEY), y también, por concordar con la teoría de la voluntad, así lo entiende WERNER FLUME, para quien la declaración de voluntad es un acto de ejecución de la voluntad, o por entender que supone la mejor expresión de la teoría declaracionista (EMILIO BETTI). Si se recuerda lo ya dicho, podrá observarse que esta dirección teórica no tiene de nueva más que su nombre, pues resulta trasunto del valor normativo que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo al testamento y al contrato, que hace a éste "no menos sagrado" que la ley; el que también ha sido proclamado respecto al contrato por los Códigos civiles francés (art. 1.134), italiano (art. 1.123 del de 1.865, art. 1.372 del de 1.942) y español (art.

1.091). Los problemas de la voluntad en el negocio jurídico se abordan básicamente en la declaración de la voluntad. A estos efectos, de ordinario, se toman en consideración tres elementos: a) la voluntad de actuar, b) la voluntad de declarar o la conciencia de la declaración, y c) la voluntad negocial.

8. La consideración de la buena fe: La valoración de la declaración de voluntad se ha enfocado de manera realista cuando, en conexión o no al criterio de la confianza ("Vertrauesprinzip"), se ha destacado la importancia que para ella tiene el principio de la buena fe: lo que no resulta sorprendente, toda vez que la buena fe es una institución esencial en toda vida de relación. Entonces no se atiende tan sólo a la confianza que haya originado la declaración en quien la reciba, sino que se valora la conducta de todos los que, participando en él, dan lugar al negocio. De modo que el principio de la buena fe se considera como auténtico principio que, recibido de la moral por el Derecho, debe predominar o sustituir a los criterios lógico-formales propios de las teorías antes reseñadas, incluso respecto al mismo de la confianza. Tendencia doctrinal defendida abierta y expresamente por algunos autores (Así por ejemplo, HERMAN EICHLER, VITTORINO PIETREBON y la doctrina suiza sobre el art. 2

Código civil y art. 25 Código de obligaciones) y que sobre todo, se manifiesta en las decisiones de los tribunales.

Una vez examinadas sucintamente las principales corrientes doctrinales, es preciso recordar las matizaciones que, al respecto, ofrece el maestro complutense FEDERICO DE CASTRO, desde su percepción personalista del Derecho civil que gira entorno a la idea primaria de persona que no deja de reconocer el valor de los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado, y de acentuar los instrumentos de defensa de la persona, matiza que

«... La voluntad se mueve por la vis cognoscitiva ("nihil volitum nisi praecognitum") y por la vis appetitiva (el deseo, "velleitas") algunos autores prefieren utilizar la nomenclatura de otras escuelas de psicología, y distinguen entre "pensamiento judicativo" y "pensamiento emocional". Conocidas (tener conciencia) y, en su caso, pesadas ("juicio", "consultatio", "deliberatio") posibilidades y fines se llega a la decisión ("electio"; preferencia respecto de fines y medios posibles). Esta se concreta en la intención o propósito con el que se dice o hace algo (conducta del declarante). Para que dicha voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista interiormente

("cogitationis poenam nemo patitur"), sino que se requiere sea exteriorizada o manifestada ("de manifestis tantummodo iudicare", Inocencio III)».

Ahora bien, la doctrina moderna sobre la relación entre los dos elementos internos (conciencia y voluntad o saber y querer) y el externo de la declaración, ha hecho las siguientes distinciones:

1ª) Respecto al acto como tal; se atiende al saber lo que se hace y al saber querido lo hecho; por ejemplo, falta la conciencia si se dice algo en un momento de locura, falta la voluntad si se envía la carta forzado a ello físicamente;

2ª) Respecto a la declaración; se atiende al saber que lo hecho o dicho tiene ese significado de declaración, y al querer que lo tenga; por ejemplo, faltará la conciencia si se envía la carta aceptando un contrato, creyendo que se envía otra de felicitación; faltará la voluntad si se escribe y envía la carta forzado;

3ª) Respecto a la voluntad negocial; se tiene en cuenta el saber y el querer el resultado práctico propuesto; por ejemplo, faltará el saber si se ha sufrido un error de

apreciación al elegir el objeto; estará viciado el querer si por temor se declara que se acepta.

Si se sabe lo que se hace y si también se ha querido lo hecho, en su sentido de declaración negocial, no habrá problemas. Mas, en cualquier caso en que falte la correspondencia entre los distintos elementos de la declaración o ella sea defectuosa, surgirán graves cuestiones. El conocimiento puede ser insuficiente o equivocado, la decisión tomada sin libertad; lo dicho cabe que no corresponda a lo querido, sea porque no se quiso nada, sea porque fuera otra la finalidad perseguida. Puede ocurrir que lo que se hizo o dijo fuera hecho o dicho involuntariamente o dándole otro sentido de aquél en el que se le entiende. Ante estos casos patológicos habrá que decidir sobre si hay o no negocio jurídico, y en caso de inclinarse por su ineficacia, si ha de considerársele nulo o impugnabile. Entonces, la doctrina ha creído poder encontrar un criterio general decisorio, bien dando valor predominante al saber y querer o inclinándose en favor a lo hecho y manifestado; en cada una de las seis combinaciones resultantes del juego de los elementos en los que se descompuso la declaración de voluntad. De aquí la importancia central que adquiere en la doctrina la polémica sobre el valor respectivo de la voluntad y de la declaración.

Y continúa este autor,

«... Los reparos que merecen las teorías voluntaristas y declaracionistas convencen de la conveniencia de un término que exprese, mejor que los de voluntad o declaración, el significado esencial de la declaración de voluntad. Pudiera pensarse en el de voluntad significada, considerándola desde el ángulo subjetivo, y desde el objetivo, en el de conducta significativa. Es decir, que la referencia a la voluntad se limita a la exteriorizada o cognoscible; que la declaración se entiende referida a toda la conducta de las personas, en cuanto expresiva de una voluntad negocial. Para poder hablar de una declaración de voluntad, será necesario que, por medio de los datos aportados, se llegue a la convicción moral de que lo que se quiso ha logrado la exteriorización necesaria para que se le diera el significado social de proponerse un resultado de los que el Derecho ampara, como propios del negocio jurídico. Porque no debe olvidarse que la declaración negocial es un acto social, realizado actuando socialmente (por ejemplo, no será declaración lo dicho a solas, aunque ello se recoja en el dictáfono oculto) y con el propósito de que tenga esa eficacia social que ampara el Derecho».

La polémica entre voluntaristas y declaracionistas plantea como dilema la preferencia entre voluntad y declaración. Con ello, se olvida que, como la misma expresión indica, la declaración de voluntad da nombre a una realidad compuesta o compleja. Ni voluntad ni declaración pueden considerarse separadamente. La voluntad se conoce solo al exteriorizarse. Podrá probarse lo que se dijo o se hizo en un momento y tenerse también en cuenta lo que ahora se afirma o confiesa. ¿Cómo saber lo que realmente fue querido? Habrá que discriminar para ello, lo que sólo se pensó, lo que fueran meros temores o veleidades, de lo que fuera, en fin de cuentas, decidido; y, entonces, todavía, filtrar la verdad de la mentira y del autoengaño, pues hasta los mismos recuerdos del que confiesa pueden ser inexactos. El Derecho no consiente que se acuda a pitonisas, ni a psiquiatras. Teniendo que averiguar por los signos externos lo querido, ha de contentarse con deducciones de probabilidad ("*signa autem nulla de animi certitudinem habent mathematicam, sed probabilium tantum*").

Mas tampoco la teoría de la declaración se limita a señalar la necesidad de atender a los signos; lo que realiza en la práctica, es reducir el número de esos signos atendibles. Cuando se dicen unas palabras solemnemente o se consignan en un documento, ellas constituyen la declaración, y

se consideran despreciables los dichos y hechos de las partes, anteriores, contemporáneos o posteriores al "dictum" o "scriptum". De modo que de entre todo lo manifestado se corta una parte y solo a ella se le da valor jurídico de declaración. Al proceder así se ha salido del ámbito estrictamente teórico y se propugnan soluciones basadas en una determinada política jurídica.

Por su parte, MANUEL ALBALADEJO⁵⁴ entiende que la declaración de la voluntad negocial en el acto (acto en sentido vulgar; no acto en el sentido de acto jurídico, porque sólo es un elemento del acto jurídico que es el negocio) de manifestar la voluntad del negocio, es decir, es la conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido. Cualquier medio es apto para realizarla -la palabra, el escrito, signos, gestos- con tal de que sirva para hacer patente exteriormente la voluntad negocial interna.

Como acto (positivo), la declaración precisa de la voluntad, encaminada a realizar la conducta externa, el comportamiento material en que tal declaración consiste (quien hace involuntariamente un signo que en el tráfico significa aceptación de una oferta, no manifiesta aceptar ésta).

⁵⁴ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, "Derecho ... Ob. cit. I", Volumen 2, pp. 143 a 147 y 170 a 173.

Como declaración, se requiere, además de la voluntad del acto, el tener conciencia de que éste tiene valor declaratorio, es decir, conciencia de que exterioriza una voluntad (negocial) (quien hace voluntariamente un signo que en el tráfico significa aceptación de una oferta, pero ignora tal significación, no manifiesta aceptar ésta).

La declaración de voluntad supone pues, dos voluntades: Primera, la voluntad declarada (se quiere comprar o vender o arrendar, etc.), cuyo objeto es el negocio; y segunda, la voluntad de declarar (se quiere declarar que se quiere comprar o vender o arrendar, etc.), cuyo objeto es la declaración.

Esta voluntad, a su vez, implica: a) La voluntad de la conducta externa (se quiere pronunciar las palabras o hacer el signo o escribir la carta, etc.); y, b) El conocimiento del valor declaratorio de esa conducta (se sabe que las palabras, el signo o la carta, etc., ponen de relieve la voluntad negocial de comprar o vender o arrendar, etc.)

El comportamiento en que la declaración consiste, supone, en resumen, una doble dosis de voluntad: voluntad como contenido del comportamiento (declaración de voluntad) y

voluntad como causa del comportamiento (voluntad de declarar).
O sea, el querer que se declara y el querer declararlo.

Aunque sean distinguibles conceptualmente la declaración y la voluntad negocial declarada, las dos forman una unidad, -la declaración de voluntad-, que es elemento del negocio, elemento que no puede subsistir sin la unión de ambas. Se precisa una declaración de algo (la voluntad); no siendo viables, separadamente, ni una declaración de nada ni una voluntad que fuese perceptible, en el negocio, sin declaración. No obstante, es conveniente precisar ahora lo siguiente:

En el negocio jurídico se tiende a proteger la voluntad real del sujeto, haciéndola capaz de producir los efectos apetecidos. Mas, tal voluntad no puede ser conocida sino a través de la unidad que es la declaración negocial de la voluntad (si es conocida a través de medios exteriorizadores independientes y aparte del negocio, no hay ya una voluntad negocial, a cuya protección se tienda, en cuanto que no se encuadra en un negocio).

Ahora bien, en pura especulación, cabe distinguir: 1) La declaración -como vehículo o cuerpo portador de la voluntad-, 2) la voluntad declarada -como contenido o alma de la

declaración-; y, 3) la voluntad interna del declarante -como lo verdadera y efectivamente querido por éste-. Y el elemento del negocio lo es la unidad, formada por la declaración (cuerpo) y la voluntad declarada (alma); no pudiendo pensarse en lo que sea una unidad formada por la declaración de voluntad y la voluntad interna (unidad en la que habría dos voluntades, que, eventualmente pueden discrepar: la declarada y la interna). La voluntad interna, ni es elemento del negocio ni forma parte de otro elemento: la declaración de voluntad. Y otra cosa es que, si el elemento "declaración de voluntad" discrepa de la voluntad interna, pueda ser invalidado (pero no prevaleciendo la voluntad interna, sino provocando la destrucción del negocio)."

Y prosigue este autor⁵⁵ indicando:

«... Ante el problema de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser regulados desde arriba, por el poder público, o por los propios interesados, según su voluntad (naturalmente siempre dentro de ciertos límites) los Derechos Privados, actualmente vigentes dentro del ámbito de nuestra civilización y, entre ellos, el español, acogen la segunda solución, por estimar que el orden más adecuado

para las relaciones privadas de los individuos es el que ellos mismos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar (por ejemplo, el C.c. art. 1255; Compilación aragonesa, art. 3; Compilación Navarra, ley 7, etc.). Por eso conceden al sujeto un amplio poder para estructurar tales relaciones jurídicas según su propia voluntad declarada, ya que tratándose de producir efectos frente a los demás, no sería admisible tomar como pauta la voluntad meramente interna, que, por definición, es desconocida para éstos.

A tal objeto, el medio de que se sirve el Derecho es la atribución a las declaraciones de voluntad de los individuos de efectos jurídicos congruentes con ellas, es decir, dicho medio consiste en elevar a causas jurídicas de los efectos apetecidos, a los actos en que el sujeto manifiesta querer una regulación determinada dentro de la esfera que le es propia. Esta declaración de voluntad, por sí sola o en unión de otras, o bien en unión de otros elementos que no sean declaraciones de voluntad, o de unas y otros conjuntamente, es constituida en fundamento del efecto jurídico, y el hecho que lo produce -formado, pues, necesariamente al menos por una declaración de

⁵⁵ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, "Derecho ... Ob. cit. I", Volumen 2, pp.

voluntad, pero posiblemente por más declaraciones y otros elementos- se llama negocio jurídico».

Pero, no es negocio jurídico cualquier declaración de voluntad, porque la ley no atribuye efectos jurídicos a todas las expresiones del querer humano, sino sólo a las que, a tenor de las ideas en que se inspire cada Ordenamiento positivo los merecen.

Y, por otro lado, también exige la ley ciertos requisitos en el que emite la declaración en la propia emisión, etc. En definitiva, si bien el centro del negocio lo es la voluntad (declarada), pilar fundamental, y a veces único, de aquél, el poder de tal voluntad y su autonomía no se admiten de modo absoluto, sino sólo como principio, resultando aquella soberana mas con las excepciones y dentro de los límites que le marca la ley, pues ésta-como regla- debe salvaguardar, tanto el interés de la comunidad, como los de los terceros, e incluso el del propio sujeto del negocio (protegiéndose, a veces, a éste contra sí mismo: por ejemplo, C.c., art. 634 que le impide regalar lo que necesita para vivir, y el 1.102, que le impide renunciar de antemano a pedir el resarcimiento del daño que le pueda ocasionar quien debiéndole algo, incumple de mala fe su obligación hacia él, haciendo que en la aplicación

de esas directrices a unas circunstancias que a menudo cambian, varíe, desde luego, con frecuencia el campo de la autonomía de la voluntad.

Por tanto, la más evidente regla que debe sentarse es la de que la voluntad sólo vale en cuanto que el negocio reúna los requisitos prescritos por la ley (así, capacidad del sujeto, forma de declaración, aptitud del objeto, etc.). O sea, al sujeto, para regular sus relaciones jurídicas, según su voluntad, la ley le facilita un instrumento -el negocio- que aquél ha de utilizar tal como se le da configurado, sin que él pueda, según esa voluntad (porque ahora dicha voluntad es inoperante), cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza.

Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite, a los particulares, crear negocios jurídicos nuevos no regulados especialmente en ella, y modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella, pero, en ciertas ocasiones, se limita a poner a disposición de aquéllos, negocios preestablecidos, dotados de efectos inalterables en todo o en parte. Tal suele ocurrir, frecuentemente, en el Derecho de Familia. Es posible casarse o no, y los efectos del matrimonio -que libremente se elige- se producen porque queridos; pero en este campo, no hay más tipo

posible de unión (se entiende que no sea de mero hecho) que el matrimonio cuyos efectos personales no pueden pactarse libremente. La autonomía de la voluntad llega en estos casos a su grado mínimo.

Así pues, la propia ley reduce esa autonomía de la voluntad, al establecer requisitos inalterables del negocio o al preceptuar directamente unos límites a aquélla; mas hay aún otros límites que proceden de la moral, de las buenas costumbres, del orden público o conceptos similares, a los que remite la ley misma (por ejemplo, el C.c., art. 6.2, 1.255.3; Comp. Aragonesa, art. 3 y Comp. Navarra, ley 7, etc.)

De lo dicho antes y de lo afirmado ahora, hay que concluir que el negocio jurídico es un medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico, o, lo que es lo mismo, que es un instrumento para actuar, en tal campo, la voluntad privada, en tanto en cuanto ésta es reconocida por el Ordenamiento; de forma que la autonomía, más o menos amplia, según los casos -de dicha voluntad se ejercita a través de él; siendo enorme su relevancia, puesto que la parte mayor y más importante de las relaciones de Derecho que se establecen proceden del negocio jurídico.

La declaración de voluntad en el contrato de gestión de servicios médicos debe ajustarse a lo establecido en nuestro Derecho y, por consiguiente, contener todos los elementos necesarios para que el contrato sea eficaz.

Aunque doctrinalmente el debate entre voluntad y declaración no ha sido pacífico, dando los autores más relevancia a una u otra, lo cierto es que ninguna de las teorías que las sustentan ha completado con efectividad lo que se entiende por declaración de voluntad. Pero, para lo que verdaderamente aquí interesa, es preciso constatar que las declaraciones de voluntad recepticias que se emiten en el contrato de gestión de servicios médicos, y dadas las peculiaridades del mismo, deben basarse en la confianza, es decir, sobre todo para la parte más débil que es la que se adhiere al clausulado preestablecido por la gestora de los servicios médicos. Las partes, en realidad, no se conocen hasta el momento de la celebración del contrato y, aún en ese momento, será por parte de la empresa, un empleado quien explique al cliente, desde una óptica comercial, cuales son las prestaciones que se intercambian. El empleado ya conoce de antemano y detalladamente, el contenido del contrato, mientras que el cliente, que no ha participado en el mismo, solo sabe que quiere cubrir una necesidad que es tener cobertura médica ante los riesgos de su propia salud.

Lo natural en este caso, es que el mencionado cliente acuda a la gestora con la escueta información que le ha llegado vía algún medio de comunicación, que recogería como flash publicitario, la prestación esencial de la atención médica.

La gestora mantiene la oferta que, en su día, lanzó al público en general. Ahí consta su voluntad declarada, lista para quien quiera unirse a ella, aportando la suya, y así, poder contratar. Lo que verdaderamente importa a efectos negociales es la voluntad declarada. De poco o nada sirve lo que íntimamente piense el cliente y si lo pensado concuerda con lo manifestado en el contrato; es decir, ¿Se quieren los servicios médicos tal y como aparecen reflejados en la letra del contrato? O ¿Se quieren los servicios médicos ofertados porque se aproximan lo más posible a lo deseado por el consumidor? Solo el mismo cliente conoce la realidad, pero lo cierto es que contrata manifestando en la declaración de voluntad su consentimiento.

Con lo anterior, no pretendo insinuar que el elemento externo de la declaración de voluntad del cliente esté viciado, ni nada que se le parezca; únicamente pretendo hacer notar que cuando acepta el cliente está consintiendo y, por tanto, dando vida a una relación contractual preestablecida, sin haber

tomado parte en la misma, nada más que incorporándose en el último momento, manifestando que sabe lo que hace y ha querido lo hecho.

Digo todo esto por lo siguiente: A mi juicio, no existe discordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada por el cliente, pero sí pudiera plantearse su consentimiento sobre la base de que la prestación de servicios médicos a que se obliga la gestora no colme la prestación servicios médicos que, de existir, hubiese querido para sí el consumidor de este contrato. No se trataría tampoco, de una prestación a la carta o a medida del cliente -que, en esto, también se aproximan cada vez más las empresas del ramo-, me refiero a lo que se podría denominar, voluntad declarada necesaria o conveniente, que sería una declaración distinta de la voluntad declarada necesaria o conveniente, manifestada en un contrato en el que se ha participado en su clausulado y que consistiría en afirmar que se quiere lo hecho por ser lo más semejante a lo íntimamente querido.

2.1.2. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Lo que nos interesa es contemplar la oferta y la aceptación como expresiones de voluntad que concurren y se funden formando el consentimiento.

Para MANUEL ALBALADEJO⁵⁶, desde que se perfecciona al ser recibida por su destinatario, hasta que, se extingue, la oferta es susceptible de ser aceptada. La aceptación es la declaración de voluntad por la que aquél a quien se ofreció la celebración del contrato, da a conocer su conformidad con ésta. Ha de consistir en admitir pura y lisamente la oferta, pues en el caso de que se le introduzcan modificaciones (que hay que someter a la aceptación del oferente), existe realmente una nueva oferta (contraoferta), dirigida al antiguo oferente. Si no se introducen modificaciones a la oferta, pero la aceptación se subordina a cierto hecho, esta aceptación no pasa a ser una contraoferta, sino que solo será aceptación cuando tal hecho acontezca. Y el oferente que no lo esté por otra razón, ¿queda vinculado a su oferta pendiente condicione? Creo que sí si su conocimiento y admisión de la aceptación condicional, supone

⁵⁶ MANUEL ALBALDEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de obligaciones, Volumen 1, pp. 381 y 394 a 395.

(al menos tácitamente) mantenimiento de la oferta *pendente condicione*.

En otro caso sólo hay que, sin estar vinculado al mantenimiento de la oferta, el contrato se perfecciona si la condición se cumple antes de que la oferta se extinga. Consiguientemente y siguiendo a este autor, las declaraciones de voluntad de las partes son recepticias⁵⁷: la de cada una se dirige a la contraria. La primera (en el tiempo) declaración se llama oferta; la segunda, aceptación.

⁵⁷ MANUEL ALBALDEJO GARCÍA, *Derecho ... Ob.cit. I*, Introducción y parte general, Volumen 2, p. 174: «Sobre las declaraciones recepticias y no recepticias. " Toda declaración de voluntad se exige por el Derecho con el fin de que lo querido sea reconocible exteriormente, pero unas han de dirigirse hacia las personas a quienes afectan -han de emitirse para que les lleguen-, y otras basta simplemente con que se emitan, sin que sea preciso encaminarlas a nadie. Las primeras se llaman recepticias, y no recepticias, las segundas. A tenor de lo dicho es equivocado creer que la diferencia entre declaración recepticia y no recepticia radica en que aquélla se emite para que sea conocida, y ésta no se emite con tal fin; y es, asimismo, equivocado pensar que aquélla es la que se perfecciona por su llegada al destinatario, y ésta la que se perfecciona por la sola emisión (porque precisamente lo que ocurre es lo contrario, es decir, que el perfeccionarse por la llegada al destinatario, o por la emisión, son consecuencias -y no causas- de ser o no ser recepticia la declaración).

Ejemplos de declaración recepticia lo son la oferta de contrato, la aceptación de ésta, etc... Ejemplos de no recepticia lo son la declaración de testamentaria, su revocación, la ocupación, la aceptación de la herencia, etc. La declaración recepticia, aparte de contener una voluntad (declarada) y de suponer una voluntad de declaración, implica una voluntad de comunicación al destinatario.

Ciertas declaraciones han de emitirse ante una autoridad o ante determinadas personas o funcionarios, o deben dirigirse a ellos (por ejemplo, C.c., arts. 317, 694, 700, 1.008, 1.011, 1.012, etc.). Sin embargo, tales personas no son los destinatarios de la declaración, ni ésta es por eso recepticia, sino que se trata de requisitos de forma del negocio».

Para ROBERTO BLANQUER UBEROS⁵⁸, cabe distinguir la formación del contrato por la concurrencia de la oferta y la aceptación, como declaraciones de voluntad diversas y definidas que coincidiendo se funden en el "consentimiento", de la formación del contrato por la progresiva declaración de coincidencia en los varios puntos del "contrato", ya que las partes, de acuerdo en ciertos puntos, negocian los restantes, perfectamente conscientes, por lo demás, de que sólo mediante el concurso de voluntades totalmente coincidente surgirá el "consentimiento contractual".

Ciertamente⁵⁹, el tema de la oferta es uno de los clásicos del Derecho Privado, tanto a nivel nacional como en Derecho comparado, mereciendo especial consideración en las líneas posteriores, el Derecho italiano, por boca de ALBERTO RAVAZZONI.

Doctrinalmente, se suele considerar que es uno de los "elementos" propios formativos, o mejor, "constitutivos" del futuro contrato. Es fase necesaria e ineludible del

⁵⁸ ROBERTO BLANQUER UBEROS, "Ob. cit.", pp. 41 y 42.

⁵⁹ JOSÉ CERDÁ GIMENO, "En torno a la formación del contrato" (Comentarios a la obra de Alberto Ravazzoni, "La formazione del contratto: I - Le fasi del procedimento", Giuffrè, Milán, 1.966), «R.C.D.I.», Madrid, 1.973 (2), pp. 917 a 920 y 925 a 928.

procedimiento de formación del contrato. La doctrina agrupa sus caracteres en: plenitud, intención de obligarse y forma.

1º) El requisito de la plenitud constituye *ius receptum*. No obstante, cabe la posibilidad de que algunos puntos del contrato sean dejados en blanco y su determinación remitida a la otra parte o a un tercero. Habría así un negocio *per relationem* en sentido formal. Si la determinación se deja a la otra parte: distingue según deba hacerse al mismo tiempo que la aceptación o bien, sucesivamente. Si se deja a un tercero: la falta de determinación acarrea la resolución de derecho por absoluta inidoneidad en la producción de efectos jurídicos. La conclusión obvia es que este requisito no debe entenderse con rigor: caben todos los medios de integración previstos en la ley o por las partes.

2º) La intención de obligarse: debe diferenciarse de otras similares declaraciones "no vinculantes" hechas en fase de negociaciones. No hay para el autor regla predeterminada de distinción y será el Juez quien resuelva caso por caso.

3º) Forma: La oferta debe revestir la forma convencionalmente prescrita por las partes para el contrato o la que la ley fije *ad substantiam*.

Es también clásico el tema de la naturaleza jurídica de la oferta: el autor distingue este problema respecto del similar de la aceptación, que la doctrina suele considerar idénticos. Las opiniones de la doctrina son de tres clases: la oferta contractual constituye una declaración negocial, la oferta es un acto jurídico en sentido estricto, la oferta es un acto "prenegocial".

La concepción de ALBERTO RAVAZZONI está basada en la distinción de un aspecto procedimental y de otro sustancial. La oferta pertenece al procedimiento de formación del contrato y consta de dos expresiones fundamentales: una, la solicitud o petición dirigida a otra persona, o sea, sustancialmente, una demanda, y otra, la manifestación de voluntad expresiva de la propia adhesión a la determinada reglamentación de intereses que podrá crearse con el contrato. Dicho en forma vulgar, equivale a: "yo quiero vender X por tantos euros, ¿quieres comprarlo?"

La solicitud de aceptación es acto típicamente procedimental: de donde un error en la dirección de la

declaración, será algo con relieve tan sólo procedimental, con efecto de interrumpir el procedimiento de formación del contrato. Como momento del procedimiento, es de especial importancia: el oferente juzga superadas las negociaciones y agotada la actividad de predisposición del contenido contractual. Cabe la determinación de normas respecto a la forma de la aceptación, con los problemas de la relevancia de la predeterminación unilateral por el oferente. Cabe también la determinación de normas respecto al término dentro del cual la aceptación debe llegarle al oferente: el C.c. italiano considera posible sólo el término final, pero ALBERTO RAVAZZONI cree posible el proponer un término inicial. Distingue, en orden al término final, si el plazo es muy breve o si es en exceso lejano. Plantea el problema de si el oferente puede establecer sea suficiente una aceptación pura y simple, aunque no comunicada a él, o caso de silencio del destinatario de la oferta. Estudia de pasada el problema de las posibilidades que al destinatario de la oferta (u oblato) se ofrecen cuando, además de la oferta, haya recibido objetos no ordenados. En cuanto a la aceptación no conforme a la oferta, previsto en el apartado último del art. 1.326 del C.c. italiano (sin equivalente en el nuestro), cree que más bien afecta al contenido sustancial de la declaración: como estructuralmente el acto es inidóneo en el plano procedimental, parece se

trataría de un caso de "conversión" similar al previsto para los negocios jurídicos.

El segundo elemento de la oferta, según RAVAZZONI, es la declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos sustanciales. Consta de dos datos: el uno, la predisposición completa del contenido contractual, entendido en sentido objetivo, como proyecto de contrato y a continuación como texto contractual, y el otro, la manifestación por el oferente de querer, por su parte, aquel determinado contenido contractual. El distinguir la actividad del declarante de la expresión de la voluntad es típico de toda "declaración negocial" y puede ser útil respecto a los actos llamados "prenegociales"; lo propio aquí de la oferta es dar a la actividad de predisposición del contenido contractual la vestidura definitiva; la oferta signa la conclusión de la actividad predispositiva. En cuanto a la manifestación de la voluntad viene a ser una "parte" del futuro negocio bilateral, y como tal, existe con todos los requisitos legales exigidos para la existencia misma del negocio. En tema de capacidad, ésta debe existir en el momento de la emisión de la oferta: no es dable plantear el problema de la emisión en estado de incapacidad y que sobrevenga después la capacidad, antes de la conclusión del contrato. Caso de incapacidad sobrevenida, el legislador italiano (art. 1.329-1.330, sin equivalencia en nuestro Código) es tajante, al decir que ello

impide la conclusión del contrato; postulado apriorístico, indemostrado e incongruente para ALBERTO RAVAZZONI, quien cree que esta solución es poco adecuada a las exigencias prácticas. Para el error, el momento de relevancia es el mismo dicho: el de la emisión de la oferta; el problema de la relevancia del error "sucesivo" en la formación de la oferta carece de sentido y sólo lo tiene referido a la revocación.

Prosigue JOSÉ CERDÁ GIMENO manifestando que todo lo expuesto es útil para valorar jurídicamente el aspecto sustantivo de la oferta y para aclarar los aspectos estructurales del contrato. En realidad, parece es pacífico afirmar que el supuesto de hecho "contrato" consta de dos declaraciones negociales entrecruzadas. Tanto la oferta como la aceptación, aisladamente consideradas, constituyen "partes" del contrato, negocios jurídicos autónomos, entre ellos estrechamente coligados, en una relación de congruencia o complementariedad.

La naturaleza jurídica de la "parte sustancial" de la oferta contractual puede ser así declarada: es una declaración negocial emitida con intención de vincularse plenamente, pero que tendrá valor sólo "si" y "cuando" la otra parte la haya aceptado. Es declaración recepticia: su nota peculiar está en el hecho de que el conocimiento del tercero es condición

necesaria para que el acto pueda desenvolver su función práctica. Si el conocimiento de la oferta ha sido adquirido *aliunde*, estudia ALBERTO RAVAZZONI el problema de la equivalencia de esta cognición y cree que aún la verificación de tal hecho objetivo es suficiente para abrir una nueva fase procedimental. También estudia el supuesto de una oferta manifestada indirectamente a través de un "comportamiento concluyente" en cuyo caso el conocimiento debe darse a través de una ilación derivada del comportamiento de modo reconocible.

El problema de la credibilidad de la oferta implica una cierta forma de posición en orden a la naturaleza de los efectos "procedimentales" de la oferta. El problema se plantea en los contratos del contenido fungible y en los que el oferente no haya facultado al destinatario a ceder a terceros la oferta misma: entiende ALBERTO RAVAZZONI que en tales casos no es cedible la oferta.

En cuanto a la sucesión en la oferta, el legislador italiano ha excluido tal sucesión en la oferta por el heredero. El autor considera a salvo las hipótesis de la oferta irrevocable y de oferta emitida por empresario medio o grande en el ejercicio de su empresa.

La aceptación es el punto desarrollado en el capítulo X de la obra, en el que estudia su "congruencia" (adecuación) con la oferta, sus aspectos procedimental y sustancial; capacidad y vicios de la voluntad, expresión de la aceptación y formas especiales de aceptación. El único legitimado para emitir la declaración de aceptación es el destinatario de la oferta contractual. La aceptación emitida por un no legitimado constituye una simple "oferta" contractual.

De antiguo, se ha discutido en torno al llamado "principio de la adecuación del contenido" de la aceptación al de la oferta. El legislador italiano, art. 1.326 fine (sin equivalente en el nuestro), dispone que "la aceptación no conforme con la oferta equivale a nueva oferta". Censura RAVAZZONI que el legislador no diga sobre qué plano y dentro de cuales límites debe entenderse tal relación de "adecuación". Sugiere la aplicación de los normales medios interpretativos para las declaraciones de aceptación ambiguas o inciertas o para las que regulen parcialmente el contenido del contrato.

La relevancia de la aceptación en el plano procedimental es muy limitada: es una respuesta afirmativa a la petición contenida en la oferta. Sus problemas, bajo tal aspecto, están estrechamente ligados a los de la conclusión del contrato.

Jurisprudencialmente, en nuestro país, es reiterado el pronunciamiento según el cual, la conjunción oferta-aceptación debe ser coincidente y cualquier modificación por el destinatario supone la continuación de las relaciones preliminares que su contraoferta ocasiona; dicha aceptación ha de ser, con independencia de la forma con que se manifiesta, en todo caso concluyente y definitiva para exteriorizar de forma inequívoca la voluntad de aceptar. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 24 de julio de 2.006 (EDJ 2006/105573).

Por su parte, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1.994 (EDJ1994/1736) y de 30 de mayo de 1.996 (EDJ1996/2699), han declarado que la doctrina científica y la jurisprudencia vienen exigiendo sin fisuras que el concurso de la oferta y la aceptación, como requisitos indispensables para la aceptación del contrato, han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contratantes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma.

Por lo que se refiere al momento de relevancia de la capacidad y de los vicios de la voluntad es el mismo que el de la oferta: aplicable el art. 1.330 del C.c. italiano (sin equivalente en el nuestro). Para ALBERTO RAVAZZONI la ratio de tal norma es asegurar a la parte la plena posibilidad de revocación de la declaración, y si tal posibilidad desaparece, el contrato no se concluye. Lo que en el caso de la aceptación no rige, ya que normalmente estamos ante un acto de retirar la declaración (ritiro) y no frente a una revocación de la aceptación. Problema delicado es el del error del oferente y el de su "recognoscibilidad" por el aceptante, cabiendo preguntar si tal requisito debe subsistir hasta el momento de la recepción de la oferta, si desde la emisión de la declaración de aceptación o si, sucesivamente antes de la conclusión del contrato: la cuestión corresponde a la doctrina del error y es la de ver si con dicho requisito se ha puesto un deber de comportamiento a cargo del no errante (que, debe pues, abstenerse de aceptar) o si es un correctivo de la relevancia del error en orden al contratante no errante.

Es muy frecuente la aceptación expresada a través de un "comportamiento concluyente". En este punto se extiende al autor ampliamente tratando los comportamientos concluyentes y distingue entre las "declaraciones de contenido presunto" y las "declaraciones legalmente tipificadas". Afirma la

naturaleza negocial de tales declaraciones, el carácter excepcional no recepticio de tales comportamientos y la anomalía que implica todo ello en el procedimiento de formación del contrato, en el que no existe aquella equivalencia o correspondencia en el plano procedimental entre la solicitud, de una parte, y la adhesión, de la otra.

Frente a la doctrina tradicional, que opina que la aceptación es revocable, entiende ALBERTO RAVAZZONI que no hay tal revocación, sino el desistimiento o acto de retirar la declaración (ritiro). Tal declaración de retirar la aceptación quita todo valor a la aceptación e impide la conclusión del contrato, a salvo, claro es, la "reserva expresa" de emitir sucesivamente una nueva declaración de aceptación. Del acto de retiro no puede derivar lógicamente ninguna responsabilidad al aceptante, siempre que se presente al oferente antes que a su conocimiento llegue la aceptación. En cuanto a si cabe una aceptación "irrevocable", la doctrina en general responde negativamente, bien porque debería ser una declaración de irrevocabilidad necesariamente recepticia, bien porque derivaría de un contrato preparatorio entre las partes a modo de "acto debido".

Plantea el problema de la aceptación "tardía" desde un punto de vista formal, ya que el poder de predisposición del

iter procedimental conferido al oferente asume un particular relieve. El art. 1326.3° del C.c. italiano (sin equivalente en el nuestro) atribuye al oferente esta facultad de considerar eficaz dicha aceptación tardía, con tal que de aviso de ello al aceptante.

Un modo anómalo de conclusión del contrato es el denominado "cruce" de ofertas coincidentes: si, de un lado, una de las dos actividades procedimentales es superflua e irrelevante, en el plano sustancial las dos declaraciones son relevantes y entre ellas congruentes e idóneas para provocar la existencia de un pleno acuerdo. Finalmente, examina el caso especial de aceptación "con reserva de agrado", prevista en el art. 1.520 del C.c. italiano, equivalente a nuestro 1.453:

«La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva»,

distinguiendo el modo de determinación del plazo según los casos y los supuestos en que el examen de las cosas es ante el vendedor o es en la casa del adquirente presunto.

La recepción de la declaración de la aceptación y la conclusión del contrato es el tema al que va dedicado el capítulo XI de esta obra, en el que estudia con detalle las llamadas "declaraciones recepticias", el art. 1.335 del C.c. italiano (sin equivalente entre nosotros) y el ámbito de su contenido y las distintas teorías acerca de la "recepción" en orden a la conclusión del contrato.

El tratar en esta sede de las llamadas "declaraciones recepticias" es por el motivo fundamental de que la recepción de la aceptación determina la conclusión del contrato. La existencia de dichas declaraciones, cual categoría dogmática, es hoy aceptada por toda la doctrina e incluida dentro de los "actos jurídicos". Pero no es nada fácil saber qué cosa sea precisamente la "declaración recepticia" ante la falta de una norma que la defina, ni tampoco es sencillo concretar el relieve de la recepción en orden a la declaración. Consciente de que en este lugar no cabe tratar in extenso el tema, ALBERTO RAVAZZONI se limita a hacer las precisiones necesarias para los límites de relevancia en cuanto a las declaraciones de oferta y aceptación contractual. Observa que se trata de una categoría que no puede ser homogénea, a la vista del evento con cuya verificación adquieren relieve y eficacia, que no es otro sino el "conocimiento" por el destinatario de la declaración a él dirigida, y cuyo conocimiento es facilitado

en el C.c. italiano por la presunción que establece el art. 1.335.

La doctrina dominante en Italia considera al art. 1.335 en el sentido de crear una "presunción de conocimiento", lo que no acaba de convencer al autor; éste se pregunta si contra tal presunción cabe prueba contraria, basada en elementos puramente subjetivos o bien en circunstancias objetivas; en el segundo caso -lo que defiende- se sentarían dos principios: uno, de presunción de que "con la recepción se verifica, además la cognoscibilidad de la declaración", y otro, el de equiparar a todos los efectos "cognoscibilidad" a "conocimiento efectivo".

El primero admite prueba contraria, pero no el segundo; esta presunción, llamada "absoluta", en realidad se resuelve en la atribución de los efectos propios de un determinado supuesto de hecho a otro diverso, aunque bastante similar.

Así pues, el legislador italiano toma como datos meramente formales el "conocimiento", "cognoscibilidad", o mera "recepción" de la declaración de aceptación, a los cuales liga en el tiempo la definición del procedimiento formativo del contrato. Bajo este perfil formal aparece clara la falta de consistencia de la vieja doctrina que vislumbraba en la

fase de conclusión del contrato la exigencia de la coexistencia de dos intenciones idénticamente encaminadas.

La conclusión del contrato de este modo obtenido signa el fin del procedimiento de formación del mismo.

Consecuencias:

- Nace una nueva figura jurídica.
- Las declaraciones procedimentales pierden su valor y quedan como puro hecho histórico útil a efectos de interpretación del texto contractual o a efectos de avalar una acción de anulación.
- Las declaraciones con contenido sustancial toman plena eficacia.

Así pues, surgido el nuevo acto de Derecho civil, sólo se trata ahora de su ejecución o de su anulación.

Analiza, luego, ALBERTO RAVAZZONI con detalle el problema del papel que tiene el evento de la "recepción" en cuanto a los actos recepticios, pasando revista a las distintas posiciones doctrinales: para unos, (ANGELO FALZEA, EMILIO BETTI, RENATO SCOGNAMIGLIO) es un "elemento constitutivo" de la declaración; para otros, (GIORGIO GIAMPICCOLO), es un

"coelemento" de relevancia jurídica de la declaración, y para otros, (DOMENICO RUBINO), es un mero requisito de "eficacia" de la misma.

En su detallado examen parte del concepto de emisión, en el que cree no cabe incluir la actividad de transmisión ni tampoco la de recepción; rechaza la ecuación "declaración = expresión" y la tesis de GIORGIO GIAMPICCOLO de que "con la emisión la declaración adquiere posición de completa autonomía respecto al declarante"; rechaza la tesis que considera la recepción cual requisito de eficacia, pues choca contra el sistema, que no permite dejar a la pura voluntad del declarante el crear o no un requisito de eficacia; también excluye la tesis de que sea un "coelemento" para la relevancia jurídica de la declaración, pues es noción utilizada para definir un quid "fuera" de la declaración, ni cabe hablar siquiera de que sea "condición" de relevancia jurídica del acto, ni tampoco de relevancia jurídica "limitada". Debe, pues, concordarse con la mejor doctrina, que ve en la "recepción" de la declaración un "elemento" sin el cual el supuesto de hecho declarativo no se puede decir perfecto, y ello hace segura y fundada la distinción entre "retiro" del acto incompleto y la revocación del mismo.

En el contrato de gestión de servicios médicos, la oferta es conocida por el potencial cliente en la mayoría de los casos, por medios publicitarios. Sin descartar que otras personas por él conocidas, ya hubiesen contratado tales servicios médicos y lo hubieran puesto en su conocimiento.

La oferta, pese a estar redactada íntegra y previamente por la gestora de esos servicios médicos, debe cumplir con cada uno de los elementos que conforman su estructura; es decir, debe existir plena coincidencia entre la forma de presentación del objeto del contrato al cliente mediante su lanzamiento comercial, y el fondo real de ese objeto del contrato. Quiero decir con esto, que al ser concordantes lo que se anuncia que se puede contratar y lo que se contrata mediante la aceptación, nace el consentimiento que da vida al contrato.

Una declaración de voluntad, en este caso la del oferente-gestora, ya ha sido manifestada públicamente a través de los más variados medios de comunicación. A partir de ese momento, se considerará firme y no engañosa, salvo prueba en contrario, quedando, además, vinculada al menos en la prestación esencial publicitada respecto al cliente que surja. Aquí, la declaración de voluntad difundida por la gestora en forma de oferta significa que aquella, como persona jurídica,

asume conscientemente las consecuencias que de tal manifestación se deriven; es decir, la oferta está colmada aunque, ciertamente, en la publicidad no aparecería el detalle de la misma, pero si su obligatoriedad; y, en cuanto a la forma, también quedaría establecida por la gestora.

Todo esto obedecería a la oferta tendente a la captación de potenciales clientes; ahora bien, una vez que el consumidor se interesa por la misma y quiere aceptarla contratando, se llevaría a cabo el acto físico de la firma, quiero decir, la confluencia de las dos declaraciones de voluntad que originarían el consentimiento. Entonces, sería necesario, dado que una sola de las partes se ha encargado de la total redacción del contrato, un esfuerzo explicativo respecto a lo que quieren contratar ambas partes. Se debe tener un conocimiento real de lo que se ofrece y se acepta, no mediatizado para el cliente por el reclamo de la prestación esencial.

La aceptación en este tipo de contrato, cuya prestación consiste para la gestora en una oferta lanzada al público en general, debe suponer para el aceptante, además de una evidente sumisión -pues será muy difícil que pueda introducir alguna cláusula particular-, un esfuerzo comprensivo y de conformidad; me explico: Pese a la inexistencia de

negociaciones previas y a la no participación del cliente en su redacción, el contrato debe contener la oferta-prestación y como ésta se realizará, al detalle. Es más, la conformidad-aceptación del cliente implicaría, dentro de su libertad para contratar, una aceptación sin reservas. Quiero decir, igual que si hubiese compartido con la gestora la elaboración del contrato. El hecho fáctico es que así se produce el consentimiento en los contratos con condiciones generales, o en los de adhesión, por no mencionar los forzosos. No puede ser de otra manera en las relaciones contractuales en masa, siempre que el intercambio de prestaciones sea el convenido, servicios médicos a cambio de un precio. Y, por supuesto, se pormenorice por parte de la gestora la ejecución de esos servicios y que, como tales, se ajustan (en algunos casos, en la medida de lo posible) a lo querido por quien acepta.

Otra cuestión, a mi modo de ver, importante que pudiera plantearse por razón de técnica jurídica, sería si en el proceso volitivo que formaría la aceptación para el cliente, cuya voluntad es objetivamente ajena a la elaboración de la oferta y, por tanto, del contrato, consideraría subjetivamente que, además de que su autonomía de la voluntad para este caso es irrelevante, si es objetivo su querer, manifestado en la aceptación, superando su pugna interna e íntima de necesidad-querer sin participación en el contrato, declarando

voluntariamente aceptar, que es consentir, en la recepción de los servicios médicos.

2.1.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Al abordar este tema, no se puede dejar de hacer referencia a los principios en que se fundamenta la doctrina - devenida dogma- de la autonomía de la voluntad. Sabido es que las relaciones de los sujetos de derecho entre sí, se encuentran dominadas por el llamado principio de la autonomía de la voluntad; esto es, por el principio de la libre y voluntaria configuración de las relaciones privadas. Principio que se materializa en el negocio jurídico y, de forma particular, en la configuración del contrato, cuyo significado y efectos se asientan en la voluntad de las partes. Voluntad que tiene un poder jurídico creador, pero nunca ilimitado, y que solo se impone y prevalece en virtud de su reconocimiento por parte del orden jurídico positivo, y siempre dentro de los límites trazados por éste. De tal manera que la voluntad de las partes solo produce los efectos que el orden jurídico reconoce, y siempre que se cumplan los presupuestos obligados para que el acuerdo se considere válido.

Todo parece confirmar que la autonomía privada, como parte del principio general de la autodeterminación de las personas, es un principio, tanto de nuestro Ordenamiento Jurídico, como de todos los Ordenamientos Jurídicos noroccidentales. Si bien, se materializa con un alcance diverso en los distintos sistemas normativos. Es más, en la medida en que existan relaciones jurídicas privadas, existe una particular posibilidad de configuración jurídica de las mismas.

En definitiva, por autonomía privada debe entenderse el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad.

La autonomía de la voluntad se vio consagrada, de manera ejemplar, en el art. 1.134 del Código civil francés. Se trata de un principio fruto de la razón artificial y del juicio del Derecho al decir del jurista y político inglés EDWARD COKE (1.552-1.634). A estos efectos, seguiremos la argumentación que, al respecto, desarrolló el maestro complutense ANTONIO HERNÁNDEZ GIL⁶⁰ (1.913-1.994), quien identifica como elementos de la autonomía de la voluntad los siguientes:

«... 1º) **Libre conclusión o celebración del contrato (auto-decisión)**. El contrato se concibe como un acto

⁶⁰ ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, "Derecho de Obligaciones

totalmente voluntario desde el punto de vista de su celebración en varios sentidos. Toda persona es libre de contratar o no. El contrato no se impone. Es fruto de determinaciones volitivas libremente adoptadas. Cada persona decide si le interesa o no celebrarlo. Se considera, asimismo, que todas las personas están en una situación de igualdad -igualdad dentro de la libertad- para adoptar la decisión que juzguen oportuna. Por regla general, basta la coincidencia de las voluntades para que surja el contrato. Es decir: consensualismo y espiritualismo. Consensualismo (art. 1.254) equivale a suficiencia del consentimiento. Logrado el acuerdo, ya existe el contrato. La realización de lo convenido no forma parte de la celebración del contrato, sino de su ejecución. Por eso se distinguen dos momentos en la vida del contrato: perfección y consumación. El contrato existe desde que se perfecciona; luego la perfección del contrato da lugar al nacimiento de las obligaciones. Si consensualismo equivale a suficiencia del consentimiento, espiritualismo (art. 1.278) quiere decir general inesencialidad de la forma, salvo casos especiales. La ley asegura las condiciones de libertad para la celebración del contrato a través de la exigencia de la capacidad (art. 1.263) y de la sanción de los vicios del consentimiento (art. 1.265) concediendo un

I". Maribel, (Artes Gráficas), D.L. Madrid, 1.960, pp. 228 y ss.

derecho a la impugnación. La libertad de conclusión del contrato significa, en síntesis, autodecisión; poder autónomo de la voluntad para querer el contrato o excluirle.

2º) **Libertad para la determinación del contenido del contrato (autorregulación).** Las normas reguladas de los contratos son, en una mínima parte, imperativas o prohibitivas, y en una gran parte, dispositivas o supletivas. Las normas imperativas fijan los límites dentro de los cuales actúa la autonomía de la voluntad; ésta no puede válidamente sobrepasarlos. Normas dispositivas son, bien las permisivas, esto es, las que reconocen un poder regulador a la voluntad (el cual resulta tanto de una directa atribución como de la falta de una prohibición), o bien, las supletivas, que sustituyen o complementan la voluntad para el caso de que no llegue a declararse, y convierten en norma lo que presumiblemente cabría considerar querido. Las normas imperativas son inderogables por la acción de la voluntad; o se acatan o se violan; no hay otra posible actitud frente a ellas, y solo la primera es jurídicamente eficaz. Las normas dispositivas, si son permisivas, confieren un poder regulador a la voluntad, de tal manera que no tienen más contenido propio que el implicado en el reconocimiento de este poder; y si son

supletivas, pueden ser derogadas o, lo que es lo mismo, sólo despliegan eficacia cuando falte una voluntad en otro sentido. El juego de lo dispositivo y lo imperativo, de la libertad y el límite, se ve con toda claridad en el art. 1.255, cuando previene que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. La concepción tradicional del contrato no excluye la presencia de normas imperativas inderogables. La propia institución contractual aparece modelada por la concurrencia de un conjunto de elementos o requisitos (art. 1.261: consentimiento, objeto y causa) a los que se subordina su validez jurídica; sin ellos el contrato no existe. El poder autónomo reconocido a la voluntad no puede elaborar el contrato sin esos elementos; da vida al contrato en concreto, pero en él tiene que aparecer encarnado el concepto de contrato que estructura en sus líneas esenciales el ordenamiento. Normas imperativas inderogables son asimismo las que señalan limitaciones dirigidas a preservar el contrato de un contenido prohibido por contrario a la ley, la moral o el orden público. Ahora bien, se observa en la concepción tradicional que la zona de lo permisivo y dispositivo es incomparablemente más extensa que la de lo imperativo, al paso que las limitaciones son generalmente de signo

negativo. Ateniéndose a los requisitos esenciales del contrato y no vulnerando las prohibiciones, se reconoce a la voluntad un amplio poder regulador. El contenido concreto de cada contrato lo dictan las partes contratantes. Son ellas las que libremente, determinan la composición de intereses que encierra el contrato. En este orden de ideas, autonomía de la voluntad equivale a autorregulación.

3º) **Fuerza vinculante del contrato (auto-obligarse).**

He aquí el tercero de los principios en que se traduce la autonomía de la voluntad. El contrato se celebra con libertad; y se fija su contenido con libertad. Surgido así, aparece dotado de fuerza normativa vinculante (art. 1.091). Lo pactado, es decir, lo recíprocamente auto-regulado, pasa a ser regulación, precepto que vincula a los contratantes y a sus herederos y causahabientes (art. 1.257). La voluntad, entonces, deja de ser libre en la esfera del contrato, o bien, solo goza de aquella libertad que se le reconozca dentro de la regulación contractual. Podría decirse que hay una antítesis entre la libertad con que se produce como resultado, de donde se seguiría que la fuerza obligatoria de aquél dejaría de estar regida por el dogma de la autonomía de la voluntad. Pero la concepción tradicional, o no advierte la antítesis, o la evita, al

considerar que la fuerza obligatoria del contrato es fruto del uso que se ha hecho de la libertad. Obligarse es, en el contrato, auto-obligarse. Hay que estar no a algo impuesto desde fuera, sino a algo querido desde dentro. La vida del contrato viene a ser inalterable subsistencia de lo querido. Ya deja de ser relevante si se sigue queriendo o no; se ha convertido en precepto el mantenimiento de lo pactado. Se inmoviliza, o dicho de otro modo, se objetiva lo que en un determinado momento se quiso. La autonomía no traduce aquí la idea del poder (actual) de la voluntad y la vida social particular, encerrada en cada contrato, se desenvuelven y explican de un modo análogo. Para que los deberes no sean una opresión y los derechos no signifiquen una dominación, se considera que unos y otros -la total relación intersubjetiva nacida del contrato- descansen siempre sobre un fondo de libertad, de autodeterminación. La fuerza obligatoria del contrato no es, consiguientemente, heterónoma respecto de la voluntad, sino autónoma. Radica en ella misma. Así pues, la autonomía de la voluntad quiere decir también, autoobligarse.

En resumen, la autonomía de la voluntad tiene el triple significado de: auto-decisión, auto-regulación y auto-obligarse».

Por su parte, FEDERICO PUIG PEÑA⁶¹ entiende que el principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos (por lo menos hasta la época presente) un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, como a las cosas, permitiendo la contracción de vínculos sobre las prestaciones más variadas, excepto aquéllas que el orden público prohíba. También, se relaciona con la forma, concibiendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento, con arreglo al cual, en principio, ninguna forma ritual se impone para la exteriorización del mismo; las solemnidades son rigurosas excepciones.

En relación con los efectos, aquel principio determina que éstos son los queridos por las partes y sólo ellos; el Ordenamiento jurídico no puede completar la libertad privada ni presumirla para colmar las lagunas, jamás puede sustituirla. Finalmente, en cuanto a la posterior vida del contrato, el poder público ha de cuidar que se respete la convención como si se tratara de una ley; no es posible la revisibilidad ni tampoco la ineficacia parcial del mismo; sólo

⁶¹ FEDERICO PUIG PEÑA, *“Tratado de Derecho civil español”*, Tomo IV, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.973, pp. 10 a 14.

un posterior acto novatorio, tan libre como el primero, puede modificarlo durante su vigencia. En el contrato, en efecto, las partes intentan hacer predominar su interés y hacer prevalecer su egoísmo.

El dogma de la soberanía contractual del individuo encuentra sus raíces más remotas en el Derecho canónico, en la medida en que la glosa canonística luchó por incrustar más profundamente en la conciencia humana el respeto a la palabra empeñada. La Escuela racionalista y de gentes del Derecho Natural, así como los filósofos del siglo XVIII, reforzaron en sus textos tanto la función creadora de la voluntad como la omnipotencia del contrato, que encuentran acogida más tarde en la legislación generada por las revoluciones burguesas del último tercio del siglo XVIII.

El dogma de la soberanía contractual de las personas encuentra acogida en el Código civil de los franceses de 1.804 que, con el tiempo, será denominado Código de Napoleón. Código fuertemente tributario de las tesis de los juristas franceses de la Escuela del Derecho Natural, JEAN DOMAT (1.625-1.696) y ROBERT JOSEPH POTHIER (1.699-1.772), a quienes se consideraba inspiradores directos de parte del articulado. No en vano, a POTHIER, se le ha calificado como el padre del Código civil, a pesar de que en ningún momento tenía como objetivo codificar.

Y de allí pasó a la mayoría de las legislaciones privatistas. Tal y como concluye el profesor de la Universidad de Turín, MARIO GIUSEPPE LOSANO en *"Los grandes sistemas jurídicos"* (1.982), la codificación iusprivatista, fundada en los principios racionalistas de las luces, que garantiza jurídicamente la libertad del individuo respecto del Estado, tutela el uso autónomo de su propiedad y no interfiere en sus relaciones con los demás individuos, hasta el punto de que tan solo se implica e interviene si una de las partes pide la asistencia del Estado frente a la parte que no ha respetado los pactos: A la libre competencia en economía, corresponde así, la tutela de la autonomía privada en el Derecho. Esta autonomía se manifiesta en el contrato (acuerdo entre dos partes para la transmisión de bienes, según las leyes del mercado, que incrementan la propiedad individual) y en el testamento (transmisión sin contraprestación de la propiedad, así acumulada, para permitir su posterior aumento).

Pero en la actualidad, se puede reseñar un aminoramiento del ámbito en el que se tutela por el Derecho, la autodeterminación y la autonomía privada; por tanto, el principio de la autonomía de la voluntad ha perdido la omnipotencia de que parecía gozar durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX. Todos los analistas concuerdan en reconocer que el campo de la autonomía privada se ha visto

limitado en la más reciente evolución jurídica. A ello han contribuido diversas causas, a cual de ellas de mayor trascendencia, pese a todo, no debe exagerarse ni magnificarse, la actual restricción del ámbito de actuación de la autonomía privada, que continúa siendo el elemento estructural de todo nuestro orden jurídico privado. Las principales restricciones, que pudiéramos denominar de orden técnico, son debidas a que se ha puesto de relieve la falsedad de la tan alabada igualdad formal de las partes en el momento de la celebración del contrato, ya que la vida real demuestra cotidianamente que, tanto el obrero en el campo del Derecho laboral, como muchas veces el usuario o el consumidor en el de la economía, concurren al contrato en condiciones de auténtica inferioridad material frente al potencial económico que supone el patrono o la empresa, quienes disfrutan de un monopolio de hecho o de una mejor posición de derecho. Por eso, se produce la crisis en la libertad de conclusión del contrato y en la libertad de fijación del contenido del mismo, surgiendo sectores sobre los que no puede operar la voluntad y situaciones en las que la soberanía de ésta se resiente, como en los llamados contratos de adhesión.⁶²

⁶² Sobre esta problemática el interesante trabajo de PASCUAL MARÍN PÉREZ, P., *"La crisis del contrato"*, «R.G.L.J.», Madrid, Mayo, 1.964, pp. 669 a 730.

Junto a aquellas causas de orden técnico, están las que los tratadistas⁶³ llaman de orden social y ético por la penetración de las ideas colectivas y sociales en el campo de la contratación privada. Debido a esa penetración, se produce una diligente y constante intervención del poder público, que va desde afirmar la obligación de contratar por parte de determinadas empresas, hasta prefijar el contenido mínimo del contrato, a través, por ejemplo, del señalamiento de precios, o el establecimiento de condiciones generales. Por otra parte, se observa la tendencia a articular el contrato dentro de las normas que presiden el interés general, por lo que frente al criterio clásico de mantener a toda costa la fuerza obligatoria de aquél ofrece el nuevo Derecho el llamado sistema de revisabilidad.

Abundando y desarrollando esta idea, MIGUEL ROYO MARTINEZ⁶⁴ entiende que en la contratación es más importante

⁶³ PEDRO ROCAMORA GARCÍA-VALLS, *"La crisis del contrato"*, «R.C.D.I.», Madrid, 1.942, pp. 569 a 585, 652 a 657 y 697 a 706.

THOMAS GOUNET, *"Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique"*, Capítulo I, París, 1.912.

NICOLAS COUMAROS, *"Le rôle de la volonté dans l'acte juridique"*, Tomo I, Etude critique de la conception clasique, Librairie du Recueil, Sirey, París, 1.931.

MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, *Ob. cit.*, pp. 27 y ss.

GEORGES RIPERT, *"La régle morale dans les obligations civiles"*, L.G.D.J., París, 1.927, pp. 36 y ss.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *"Hacia un nuevo Derecho civil"*, «R.G.L.J.», Madrid, 1.933, pp. 112 y ss.

⁶⁴ MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *"La transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno (La nueva concepción de la revisibilidad del*

conseguir la seguridad del tráfico que la justicia, al extremo de sostener, acaso con razón, que esta cuestión de la revisabilidad no es fruto de precedentes históricos, sino más bien de exigencias actuales, como rectificación y remedio de los errores del pasado inmediato. El viejo sistema, en efecto, reconocía o, por el contrario, rechazaba de plano el contrato; el lápiz rojo del Ordenamiento jurídico -dice- tacha pero no enmienda, y estas consecuencias no podían ser más deplorables, pues que la resolución del contrato es en muchos casos la más perjudicial de las soluciones. Por eso surge la revisabilidad, como *tertius genus*, de gran alcance social, puesto que libra a la parte más débil del temor de verse privada, como consecuencia de la anulación, de aquello que inexorablemente necesita y que se caracteriza porque respeta en lo esencial el fin común querido por las partes y por el Ordenamiento jurídico, pero prevaleciendo siempre el fin objetivo sobre cualquier otro elemento. En la revisabilidad hay una sustitución parcial de la voluntad privada por la voluntad estatal. El Ordenamiento jurídico tacha sólo para corregir; es decir, no cifra su misión en el signo negativo de la destrucción, sino en el positivo de la cooperación.

Todo lo anterior no significa que haya de prescindirse del principio de autonomía de la voluntad. Ésta,

contrato)", «R.G.L.J.», Madrid, Febrero, 1.945, pp. 113 y ss.

necesariamente, tiene que existir, pues es una pieza indispensable de todo régimen que acepte la propiedad privada y la libertad de trabajo. Ahora bien: lo que sí tiene que hacer el legislador es establecer restricciones a la estimación absoluta del mismo.

Algunas de esas limitaciones figuraban ya dentro del C.c., sobre todo las que vedan establecer pactos, cláusulas, condiciones o cargas, que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.255, 116); las que niegan su sanción a aquellas convenciones que tengan por objeto servicios que pugnen con las leyes o las buenas costumbres (art. 1.271.3°); las que rechazan una causa opuesta a las propias leyes o a la moral (art. 1.275); las que determinan la nulidad de la renuncia a la acción de dolo (art. 1.102); las que prohíben la compraventa entre ciertas personas (art. 1459), etc. Recientemente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su art. 10, ha venido a consagrar, también, la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario, así como la nulidad de los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

En este sentido, JAIME SANTOS BRIZ⁶⁵ incide en que

«... el aspecto social del contrato moderno, con ser innegable, no debe exagerarse. El enfoque de lo social dentro del Derecho de Obligaciones, en general, ha de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo que no quiere decir en modo alguno, individualista) en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana».

Otras limitaciones al principio han sido impuestas por la jurisprudencia, con la finalidad de asegurar el respeto a la moral en la formación de los contratos, así como el respeto a la buena fe y la verdad en su cumplimiento. No han faltado autores, entre otros JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, que han hablado de tres límites intrínsecos del derecho subjetivo: a) los derivados de la propia naturaleza de cada derecho (art. 1.765 y 1.768 del C.c.); b) los derivados de la buena fe (art. 1.258 del C.c.); y, c) los impuestos por la función o el destino-finalidad económico y social propio de cada derecho.

⁶⁵ JAIME SANTOS BRIZ, *"La contratación privada"*, Editorial Montecorvo Madrid, 1.966, pp. 223 y 224.

En este sentido, la jurisprudencia ha utilizado el mecanismo de la causa descubriendo las miras inmorales de los contratantes y sancionándolas con la nulidad (sentencia de 2 de Abril de 1.941). En el mismo sentido, más recientemente, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 29 de abril de 1.977 (EDJ 1997/3480), de 19 de mayo de 1.981 (EDJ1981/1428), de 1 de abril de 1.982 (EDJ1982/1996), de 5 de marzo de 1.987 (EDJ1987/1796), de 13 de marzo de 1.997 (EDJ1997/2357) y de 20 de julio de 2.006 (EDJ 2006/105580).

De la misma manera, ha procurado la protección legal de los contratantes incapaces o víctimas de error, de la violencia o del dolo.

Según HÉCTOR MASNATTA⁶⁶, la teoría clásica de la autonomía privada, en su manifestación concreta de libertad contractual, se manifiesta en un triple aspecto:

- a)** como poder de autorregulación de intereses, libre de limitaciones legales;
- b)** como poder de libre discusión de las condiciones del contrato; y,

⁶⁶ HÉCTOR MASNATTA, *El contrato necesario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.964, p. 24.

c) como poder de escoger libremente el tipo de contrato que conviene a aquellos intereses.

Sin embargo, continúa este autor incidiendo en que, a su juicio, la libertad contractual se halla en la actualidad limitada, tanto en la formación del contrato (prescindiendo en ocasiones de la voluntad de las partes para la contratación del vínculo obligatorio) como en los efectos (señalando la propia ley el contenido del contrato).

También la libertad de expresión del consentimiento ha sufrido numerosas restricciones indirectas durante la época presente; el progreso del formalismo se ha manifestado no por la creación de numerosos contratos solemnes nuevos, sino por exigencias muy estrictas en materia de prueba y publicidad. Y así, lo pone de manifiesto SEBASTIÁN AUGER DURO⁶⁷.

Por su parte, el civilista y Magistrado XAVIER O'CALLAGHAN⁶⁸, se hace eco de una obviedad, «... uno de los grandes principios en que se apoya todo el Derecho civil es el de la autonomía de la voluntad». Lo que sucede, es que al

⁶⁷ SEBASTIÁN AUGER DURÓ, *"Crisis funcional de los contratos"*, «Revista Jurídica de Cataluña», Barcelona, Enero-Marzo 1.966, pp. 9 a 34 sobre toda esta interesante problemática.

⁶⁸ XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, *"Compendio de Derecho Civil"*. Tomo II, Volumen 1°. EDERSA, S.L., Madrid, 1.987. Pág. 233 a 241.

tratarse de una expresión plurívoca, la expresión autonomía ha sugerido, erróneamente, que es el individuo quien crea el Derecho en el campo de vigencia del principio de autonomía de la voluntad. En este ámbito, el acto de autonomía privada carece de la calificación de derecho, si bien, la configuración que afecta debe ser derecho y lo es, en virtud de su reconocimiento por el orden jurídico positivo. De tal manera que la vigencia del principio de la autonomía privada significa el reconocimiento de la autarquía del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas, en cuyo ámbito rige, sin duda, la máxima clásica "*stat pro ratione voluntas*".

Para JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS⁶⁹, el concepto de la autonomía privada se integra en el núcleo central de la noción de negocio jurídico. Y no hay que olvidar que el contrato es un negocio jurídico bilateral, productor de obligaciones. En efecto, el contrato como categoría general es expresión técnica del reconocimiento del dogma de la autonomía de la voluntad.

⁶⁹ JOSÉ LUÍS DE LOS MOZOS, "*Teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia*", «A.D.C.», Madrid, 1.986, pp. 789 y 792.

La autonomía privada, tal como la define FEDERICO DE CASTRO⁷⁰ es el poder de autodeterminación de la persona con más detalle, la define como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

El contrato es máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad. Lo cual se manifiesta en un doble sentido: en primer lugar, que los sujetos pueden celebrar o no un contrato; en segundo lugar, si lo celebran, pueden fijar sus elementos y su contenido, de la manera que libremente determinen. Este principio lo proclama el código en el art. 1.255, aunque parece referirse más concretamente a este segundo sentido:

«... Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

⁷⁰ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio ... Ob. cit.*, p. 11.

Dice gráficamente JOSÉ PUIG BRUTAU⁷¹ que la autonomía de la voluntad significa que, en principio, todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera.

Lo característico de la autonomía de la voluntad es la libertad de contenido del pacto: el sistema vigente es de *numerus apertus*, es decir, no hay tipos aceptados por el Ordenamiento, sino que las partes pueden construir un contrato adecuado a sus necesidades y deseos, y éste vale siempre, con cualquier contenido, a menos que choque con los límites generales de los contratos en general y con los del contrato concreto que se celebre. Este es el sentido del art. 1.255. Y así lo reitera numerosa jurisprudencia, como las sentencias de 10 de Junio de 1.986 (EDJ 1986/3971) a propósito de un contrato atípico, y la de 26 de Mayo de 1.986 (EDJ 1986/3488) que declara nula una cláusula por estimarla contraria a la moral.

El principio de autonomía de la voluntad, tal como se ha apuntado y lo dice el propio artículo 1.255, no es absoluto.

En primer lugar, el contrato deberá someterse a las normas de los contratos en particular, ya que las partes no pueden, en ningún caso, desnaturalizar su concepto; no cabe

⁷¹ JOSÉ PUIG BRUTAU, "*Fundamentos ... Ob. cit.*", Tomo II, Volumen I, p.

que pacten una compraventa sin precio o una donación a cambio de precio, o un comodato que transmita la propiedad, por ejemplo.

En segundo lugar, el contrato deberá sujetarse a las normas de derecho imperativo, especialmente sobre capacidad, objeto y forma; no cabe que pacten que un menor emancipado venda por sí sólo un inmueble o que una donación de inmueble se haga por documento privado, por ejemplo.

En tercer lugar, leyes especiales han limitado extraordinariamente el principio de autonomía de la voluntad. Tales son, por ejemplo, las actuales Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sin contar con las abundantes leyes administrativas que inciden en el ámbito de la contratación civil, como las relativas a ciertos objetos (armas, drogas, etc.) y las que se incluyen en el llamado Derecho urbanístico.

En cuarto y más importante lugar, respondiendo a una concepción social frente a la individualista imperante en la redacción del Código civil, han surgido limitaciones generales que alcanzan a los contratos que más pueden afectar a la sociedad, especialmente a su parte más débil. Ejemplo de ello es el Artículo 81. Aprobación e información, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que establece la siguiente limitación y/o control cuando dispone que:

«... 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios prevista en esta u otras leyes. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma».

No obstante, la Jurisprudencia ha reconocido expresamente la necesidad de introducir un cierto factor de corrección en el principio de la autonomía de la voluntad, fundamentado en la

cada vez más importante protección de los consumidores, y así se ha manifestado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 5 de diciembre de 2.002 (EDJ 2002/54090).

Límites extrínsecos de la autonomía de la voluntad:

La autonomía de la voluntad en el contrato tiene límites extrínsecos, impuestos desde la esfera externa del mismo. El artículo 1.255 los enuncia al decir que el contenido del contrato no puede ser contrario a las leyes, a la moral ni al orden público. En primer lugar, las leyes imponen límites generales en todas aquellas leyes imperativas que regulan la contratación en lo relativo a capacidad, objeto y forma. El propio Código civil establece unos límites concretos, que se traducen en prohibiciones cuya infracción provoca la nulidad absoluta del contrato, según el art. 6, apartado 3:

«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Así, es nula la renuncia a la acción de responsabilidad dolosa en el incumplimiento de la obligación, según el art. 1.102 que dispone

«La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

También provocan la nulidad, las prohibiciones de ciertos contratos que impone a los cargos tutelares el art. 221 o de la compraventa a ciertas personas el art. 1.459.

Asimismo, el propio art. 1.255 impone como límite, el respeto a la moral⁷². Precisar el alcance de ésta no siempre es fácil, se trata de un término ambiguo, vago conceptualmente y dotado de una carga emotiva favorable, más que evidente. Además, y nos lo recuerda el pensador argentino asentado en Granada, ANDRÉS NEUMAN, cuando dice «... es conveniente no confundir la moral con quienes la defienden». Tanto su configuración, como su percepción, resultan, además, cambiantes al compás del paso del tiempo y de la evolución de las costumbres sociales; cuestión que abordó con acierto, el iuspublicista alemán RUDOLF SMEND (1.882-1.975), en su obra

⁷² Voz: Moral. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*", vigésima segunda edición.

capital “*Constitución y Derecho constitucional*” (1.928), cuando se ocupa del juicio de valor cultural y moral del momento. Conciencia valorativa social imperante que, conforme a la experiencia, resulta en la primera decenia del siglo XXI, rápidamente mudable.

Puede decirse que es la normativa ética, de la buena fe, imprescindible para un mínimo de convivencia en la sociedad, y que suministra los fundamentos axiológicos de la comunidad de valores existente en el grupo social.

El Diccionario de la Lengua Española define a la moral (en su acepción 1) como perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas desde el punto de vista de la bondad o malicia; aunque, curiosamente, añade (en su acepción tercera), que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al llamado respeto humano. Se trata de un elemento que afecta, por encima de cualquier otra consideración, a la conciencia del ser humano, pero que al que el Derecho otorga trascendencia jurídica al atribuirle la condición límite de la autonomía de la voluntad en los contratos. Bastará recordar al respecto, el tantas veces celebrado caso LÜTH, resuelto mediante decisión del Tribunal Constitucional federal alemán, el año 1.958, y que ha dado paso a la individualización del constitucionalismo como una

específica Teoría del Derecho, en abierto contraste al legalismo. Constitucionalismo que toma cuerpo en el reconocimiento de la complejidad de la estructura normativa de los Estados constitucionales democráticos, tras la segunda posguerra mundial. Complejidad que se encuentra ligada a tres elementos: a) la positivación de los derechos fundamentales con derechos de vigencia inmediata; b) la superioridad de la Constitución sobre las restantes fuentes del Derecho; y, c) la introducción de los principios constitucionales, que impone una necesaria diferenciación entre éstos y las reglas.

El caso LÜTH supuso la aceptación de la idea según la cual, la Ley Fundamental de Bonn acoge y constitucionaliza un orden objetivo de valores, un sistema de valores *“que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el ámbito de la comunidad social, y en su dignidad”*. Sistema de valores que debe regir en todos los campos del Derecho como decisión fundamental: Tanto en el ámbito de la legislación, como en los ámbitos de la administración y de la jurisdicción, sobre los que se proyectan directrices e impulsos, influyendo de forma evidente, también, en el marco del Derecho civil, de tal manera que ninguna prescripción-civil puede estar en contradicción con el sistema de valores asumido por la Ley Fundamental de Bonn; en el entendimiento de que todas las

normas deben ser interpretadas en concordancia con su espíritu. En todo caso, a partir de la obra de RONALD M. DWORKIN (1.931-), se abre paso la idea de que las condiciones de la validez legal son dependientes de contenidos morales. Así lo entiende la catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bolonia CARLA FARALLI (1.949-), al hablar de la superación de la tesis positivista, de la rígida separación entre el Derecho y la moral, en su obra *"La filosofía del Derecho contemporáneo. Temas y desafíos"* (2.005).

El Código civil establece dos normas adicionales, ambas con carácter general, en orden a limitar la autonomía de la voluntad de los contratos por consideraciones morales. a) El art. 1.275 establece la nulidad del contrato por causa ilícita y añade que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 20 de julio de 2.006 (EDJ 2006/105580) que concluye con la *«nulidad de un contrato puesto que la causa o finalidad del mismo es ilícita, inmoral y va contra el orden público»*.

A su vez, b) el art. 1.116 declara la nulidad de la obligación que contiene una condición contraria a las buenas costumbres.

Por último, el art. 1.255 considera al orden público como límite a la autonomía de la voluntad. Si bien, el contenido de alcance del orden público es tan discutido como variable.

FEDERICO DE CASTRO⁷³ distingue diversos aspectos que nos acercan a su concepto y naturaleza. En primer lugar, como cláusula general de la ley, en el sentido de que, como ésta, destaca lo variable de su contenido, que cambia con los tiempos; así, se califican como de orden público aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas, del mismo Ordenamiento. En segundo lugar, también se emplea un sentido pseudo-técnico de orden público, de modo innecesario, como adjetivación retórica para dar énfasis al carácter imperativo de una norma. En tercer lugar, se da una indudable conexión entre los conceptos de orden público y de buenas costumbres, cuyos conceptos coinciden en lo esencial, aunque se les mire desde distinta perspectiva.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, y por más importancia que tenga la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, las partes no pueden variar la naturaleza de las cosas, ni subvertir los conceptos jurídicos.

⁷³ FEDEERICO DE CASTRO Y BRAVO, *“Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”*, «A.D.C.», Madrid, 1.982, p. 987; trata del concepto de orden público a partir de la p. 1.014, especialmente, pp. 1.029 y ss.

Así, las partes contratantes pueden celebrar un contrato y determinar su contenido, lo que entra en la esfera de la autonomía de la voluntad. Pero lo que no entra en ella -es un límite de la misma- es la desnaturalización del contrato. (Las partes pueden celebrar una compraventa y determinar su contenido; pero no pueden acordar que la cosa no se entregue nunca al comprador, por ejemplo, o que no haya precio, o que sólo la tenga un cierto tiempo).

Límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad:

La autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica.

Observa JOSÉ CASTAN⁷⁴ que en muchos puntos concede la ley civil un excesivo respeto a las convenciones privadas, en detrimento de la equidad y de las exigencias morales. Señala que al desaparecer del Derecho moderno el beneficio de la competencia y la rescisión por lesión, se deja un amplio margen de libertad a la autonomía de la voluntad que puede dar lugar a abusos y verdaderas injusticias; por ello sería de

⁷⁴ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil... Ob. cit."*, Tomo III, p. 450.

desea que las amplias facultades concedidas a los Tribunales en materia de préstamos u operaciones usurarias se generalizasen a toda clase de convenciones para disponer de un medio de reducir obligaciones excesivas y declarar ineficaces cláusulas draconianas y cortar los abusos que pueden cometerse a la sombra de la contratación.

El contrato, como todo acto o negocio jurídico -al igual que los propios derechos subjetivos- tienen límites impuestos no sólo desde el exterior, sino provenientes de su esfera interna. Si el contrato no quebranta los límites que impone la ley, la moral o el orden público, ni los límites conceptuales, todavía puede traspasar límites intrínsecos que se derivan de su propia constitución -caso de los contratos de adhesión- o de las reglas que imperativamente imponen a base de condiciones generales.

FEDERICO DE CASTRO, al estudiar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, incluye en ellas (además del orden público) el contrato de adhesión y las condiciones generales de la contratación, haciendo especial hincapié en la protección del consumidor.

Hay un límite intrínseco a la autonomía de la voluntad en el contrato más importante y que puede evitar posibles

extralimitaciones. Es el abuso del derecho que se inició en la jurisprudencia española, no en materia contractual, en sentencia de 13 de Junio de 1.942 y 14 de Febrero de 1.944. Más tarde, al redactarse de nuevo el Título Preliminar del Código civil (por Ley de 17 de Marzo de 1.973 y Decreto de 31 de Mayo de 1.974) se recoge el abuso del derecho como límite del derecho subjetivo, en el art. 7, apartado 2º cuando dispone:

«La ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Como consecuencia, el contrato con un contenido o una cláusula abusiva, al acreedor que haga valer su derecho subjetivo de crédito, se le declarará nulo por abuso del derecho, dando lugar a indemnización de daños y perjuicios.

El abuso del derecho ha sido reforzado por la Ley 6/1.985, Orgánica del poder judicial, de 1 de Julio, cuyo artículo 11, apartado 2º dispone que

«Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

Jurisprudencialmente, son muchas las sentencias que recogen y configuran éste como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos o sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Entre otras, destacan la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 21 de septiembre de 2.007 (EDJ 2007/152397), la de 6 de febrero de 1.999 (EDJ1999/832), la de 21 de diciembre de 2.000 (EDJ2000/49609), de 14 de mayo de 2.002 (EDJ2002/14741), y de 28 de enero de 2.005 (EDJ2005/6971), entre otras muchas, anteriores.

La autonomía de la voluntad en el contrato de gestión de servicios médicos refleja una merma sensible en la capacidad que tiene el cliente de poder negociar el contenido del contrato que celebra con la gestora. Esto es así porque resultaría inviable que cada uno de los posibles clientes, que

quieren asegurarse los mencionados servicios médicos, pudiera intervenir en igualdad de condiciones en cuanto a su redacción con la empresa que los gestiona.

Esta es la realidad, pues estamos en presencia de un contrato preestablecido, dirigido a una potencial masa de clientes. No obstante, lo dicho no puede significar en la práctica y en modo alguno, que una de las partes contratantes, en este caso, el cliente, sea considerado a efectos contractuales, meramente un espectador con firma reconocida. Me explico: Es obvio que no es lo mismo participar y emitir el consentimiento, que sólo esto último; pero, también sucede que aunque la evidencia pone de relieve que en la actualidad, la autonomía de la voluntad, en el sentido dado por los redactores de nuestro Código civil no parece mantenerse intacta, no es menos importante hacer una reflexión sobre si sería posible mantener el dogma inalterable, y al mismo tiempo, se pudieran ofertar bienes y servicios en masa.

Las opiniones doctrinales que hacen referencia a lo que en verdad ha sido y es la autonomía de la voluntad, demuestran posiciones político-jurídicas de toda índole, aportando cada una de ellas realidades diversas y valiosas. Ahora bien, en cuanto a lo que al contrato de gestión de servicios médicos interesa, insistiré en que la falta de negociación del

clausulado de este contrato para la parte aceptante del mismo, no debe llevar a pensar que una vez que se ha sometido, su situación sea de desesperanza. Precisamente, su autonomía de la voluntad le lleva a contratar estos servicios. Su libertad contractual hace en este caso que, si bien, no ha sido posible compartir con la gestora el contenido, si sea posible adherirse a un contrato adecuado a sus necesidades. Al menos, en la gran mayoría de los casos. Pero, si únicamente se atiende a si en puridad se ha respetado el principio de autonomía de la voluntad, la respuesta sería negativa, si se le considera todavía como un todo absoluto.

Sin entrar en la polémica sobre cuál debe ser su significado, ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad tiene límites internos y externos en cuanto al contrato concluido por las partes. Estos límites afectan en el sentido del art. 1.255 del C.c, como su máximo exponente, cuando permite, en primer lugar, que los contratantes convengan libremente sus intereses, para, acto seguido, establecer rotundamente lo que no se puede contrariar (leyes, moral y orden público).

Analizar con sosiego la realidad en nuestros días de este principio, lleva, a mi entender, a la aceptación de un doble sentido del mismo; a saber: en primer lugar, el concepto

teórico de su contenido, es decir, aquí se valoraría racionalmente, la necesidad incuestionable de su presencia en nuestro Ordenamiento jurídico privado, ya que, en sí mismo, encierra la imprescindible expresión de la sociedad a la que representa jurídicamente: libertad para contratar con todo lo que conlleva. Esta declaración, cuyo efecto debe superar la simple óptica voluntarista, no deja de plantear interrogantes en relación con su desenvolvimiento práctico. Y sobre esto, las apreciables opiniones doctrinales abundan a favor y en contra, respecto a la certidumbre del dogma.

Desde luego, el triunfo del derecho subjetivo en las relaciones jurídicas entre particulares no sería comprensible si de la autonomía de la voluntad no quedara más que el nombre. Por tanto, pese a que teóricamente este principio, propio de una sociedad occidental avanzada, se encuentre en crisis, es incuestionable su mantenimiento aunque sería deseable que no fuera solamente la práctica quien lo adaptara, muchas veces indeseadamente, a los nuevos tiempos.

En cuanto al concepto práctico de su contenido, decir que son numerosas las causas que han llevado la aplicación de la autonomía de la voluntad a un reduccionismo, en muchos casos, muchas veces, interesado. Así, las teorías socializantes, la conciencia de consumidor, el interés empresarial y comercial,

la propia sociedad industrializada y de consumo, etc., no pueden convertirse en excusa para moldear el principio de acuerdo con sus intereses de cada momento. Se abre, pues, a mi juicio, la oportunidad de una adaptación concreta que pueda compaginar ideal y necesidad para que la autonomía de la voluntad aparezca con un contenido renovado, terminando, en la medida de lo posible, con las malas prácticas. No estaría de más que la parte más poderosa en el negocio, es decir, las empresas, de suyo entendieran que la autonomía de la voluntad no consiste solamente en ofertar contratos en serie o en masa, en ocasiones con contenidos desproporcionados, ni que los consumidores, al abrigo de su status, aprovechen otras ocasiones para plantear reclamaciones que no se sostienen.

Sería conveniente una cultura comercial y de consumo basada en las circunstancias recíprocas del querer contratar, que atañe a todas las partes involucradas, donde la Administración jugaría el papel de garante de las reglas del juego. Por fortuna, el nivel de satisfacción, tanto en empresas como en consumidores, es aceptable, lo que no es obstáculo para reflexionar sobre el presente y el futuro de un principio tan decisivo, llamado autonomía de la voluntad.

2.1.4. LA BUENA FE DE LOS CONTRATANTES

Resulta incuestionable que la conducta normal de los contratantes deberá estar inspirada en la veracidad y la buena fe, que deben presumirse siempre en tanto no se acredite lo contrario, según el criterio establecido por el artículo 434 del C.c. al decir

«La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba».

Es en extremo interesante, continuar siguiendo a JAIME SANTOS BRIZ⁷⁵ cuando establece que el principio de buena fe es, en cierto modo, una restricción al de autonomía de la voluntad. Su formulación general se halla en el art. 7.1º, cuando dispone

«Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»

y en el 1.258 del C.c.

⁷⁵ JAIME SANTOS BRIZ, *“Los contratos civiles, nuevas perspectivas”*. Editorial Comares, Granada, 1.992, pp. 128 y 234 a 236.

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

El de buena fe es un principio general de todo el Derecho y relaciones jurídicas. Por ello, en materia de contratación, basta su formulación en el artículo indicado del Código civil, ya que su vigencia es innegable aun en las leyes e instituciones que no lo recojan expresamente. No obstante lo anterior, se vuelve a recoger en el artículo 57 del Código de Comercio, cuando dispone que

«Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

Artículo según el cual el principio de buena fe debe ser admitido como norma, y también, como dogma en la esfera

mercantil cuando se trata de la ejecución de los contratos. Siguiendo la misma línea interpretativa, se encontraba el artículo 9 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos que, en su texto de 1.964, disponía

«El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley se acomodará a las reglas de la buena fe»,

y que algunos autores consideraban desacertado desde el punto de vista de la técnica legislativa ya que podría inducir al erróneo criterio de que allí donde una ley especial civil nada diga podría prescindirse del susodicho principio. Ciertamente, este error ha sido eliminado en la nueva Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, en la que ha desaparecido la remisión expresa a la interpretación conforme a la buena fe.

Ante la deficiencia de expresión o de previsión que dificulte la puesta en práctica de lo estipulado, el artículo 1.258 del C.c. establece que el contrato obligue no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; factores que han de ser tenidos en cuenta, no sólo como complemento de lo convenido, sino como reguladores de los efectos que durante la vigencia del pacto puedan y deban

producir determinados acaecimientos y a la reacción ante los mismos de los propios contratantes.

El concepto de buena fe, según Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 23 de marzo de 1.988 (EDJ 1988/2438), de 13 de mayo del mismo año (EDJ 1988/4075) y de 26 de febrero de 1.994 (EDJ 1994/1736), entre otras, obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos de una conducta ética, significada por los valores de lealtad y honradez. Por su carácter subjetivo y espiritual, indican dichas Sentencias, el más destacado de tales factores y cuya presencia ya exige la ley en el mismo acto de la prestación del consentimiento, so pena de que el contrato adolezca de algún vicio capaz de invalidarle, es el de la "buena fe", principio ya recogido en el artículo 57 del C.co. para la contratación mercantil en términos equivalentes a los del Código civil y cuyo significado o alcance más se atisba o se intuye que se define y concreta; pero en términos generales, que no pueden restringir el vasto campo de sus posibles manifestaciones, y más en su estimación negativa que positiva, ha de estimarse que se contradice o falta a la buena fe cuando, con finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación o finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco

para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella.

En cuanto al ámbito de la buena fe, continúan señalando dichas Sentencias que, habiendo de acompañar aquélla a toda la actividad que los contratantes desarrollen en ejecución o a virtud de lo pactado, alcanza su necesidad tanto al elemento personal "activo", como al "pasivo" de la obligación; y, así, el deudor ha de cumplir aquello a que se obligó observando escrupulosamente lo que llaman "tenor" de la obligación los artículos 1.091 y 1.101 del C.c.; pero, asimismo, el acreedor ha de ejercitar sus derechos, no sólo atendiendo a la esencia o sustancia de los mismos, sino a aquellas circunstancias o accidentes respecto a lugar, tiempo, modo, forma, etc. y que se tuvieron en cuenta al constituirlos, y si se trata de derechos alternativos en que la facultad de elección de uno se traduce en la forzosa pérdida o ineffectividad del otro, fijando oportunamente su pretensión y absteniéndose después, por vía de acción u omisión, de cuanto tiende a rectificar lo que, por asentimiento expreso o tácito, adquirió firmeza suficiente en aras de esa buena fe y en términos tales que no pueda ser desconocido o contrariado sin daño de quien era conforme al contrato, elemento pasivo de la elección. Con anterioridad, el

Tribunal Supremo había sancionado el de buena fe como el principio fundamental de la contratación.

En la aplicación práctica del principio de buena fe puede decirse que el Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio para toda clase de contratación civil, tanto en sentido estricto como en el ámbito del comercio, pudiendo citarse numerosas sentencias en que, aun tratándose de contratos surgidos en el ámbito de comercio, fue invocado el art. 1.258 del C.c. y no el 57 del C.co.⁷⁶.

Otras declaraciones importantes en torno a la aplicación de este principio son:

a) La buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario, que compete al que la niega. Declaración ésta de validez general a todo el Derecho privado, como se ve comparando con los términos del art. 434 del C.c. relativo a la posesión.

b) Es incompatible con la buena fe, no sólo la actuación dolosa o culposa, sino también la mera negligencia. A este

⁷⁶ Así, en sentencias de 11 de Enero de 1.911, respecto del contrato mercantil de cuenta corriente; de 3 de Febrero de 1.947, respecto de la letra de cambio; de 8 de Julio de 1.927, en un contrato entre entidades bancarias; 30 de Enero de 1.925, en un contrato de seguro marítimo, etc...

respecto, recordemos que la doctrina en relación con el artículo 1.107 del C.c. habla de contravención de buena fe de la obligación en supuesto de mora o negligencia como causas del incumplimiento, y de contravención de mala fe en supuesto de dolo. Para ello, da indudable base la redacción del artículo citado.

c) Los contratos mercantiles deben cumplirse inspirándose, aun si cabe más que los civiles, en la buena fe de los contratantes.

d) El de buena fe es un concepto esencialmente moral, aunque el Derecho lo recoja para regular sus efectos.

Al estar redactado el contrato de gestión de servicios médicos con condiciones generales y, presumiblemente también suponga la sumisión por adhesión al mismo para el cliente, el concepto de buena fe alcanzaría aquí la máxima importancia, sobre todo en el ámbito de actuación de la gestora. Digo esto, teniendo en cuenta la trayectoria seguida en la interpretación de este principio general del Derecho, en su vigor actual en la contratación.

Algunos son los artículos del C.c. que mencionan la buena fe como presunción *«La buena fe se presume siempre...»* (art.

434), o como afirmación «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1), o como cumplimiento en conformidad con la buena fe «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258). Incluso el C.co., en su art. 57 dice: «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe...».

Estos artículos ponen de manifiesto la sensibilidad con que es contemplada la buena fe por nuestros códigos de Derecho Privado; ahora bien, sin implicar su ausencia, pero sí una importante pérdida de vigencia práctica, se aprecia algún supuesto concreto de desaparición de la buena fe como principio inspirador de alguna ley especial, concretamente, es el caso de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que solamente la menciona en su art. 13, apartado 3º, cuando en su anterior texto de 1964, su art. 9, establecía que « El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe».

Tal vez, en algunas prácticas sociales y comerciales de nuestros días, esté la respuesta a esta pérdida.

Por otro lado, es necesario reseñar que el Tribunal Supremo, reiteradamente, exige en el ejercicio de los derechos, la presencia de este concepto traducido en ética, lealtad y honradez. Así, éste es definido jurisprudencialmente como una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. En este sentido, entre otras, las Sentencias de la Sala 1ª, de fechas 8 de julio de 1.981 (EDJ1981/1547), de 21 de septiembre de 1987 (EDJ1987/6475), de 15 de abril de 1.998 (EDJ 1998/3949), y de 21 de noviembre de 2.003 (EDJ 2003/152421).

En el contrato de gestión de servicios médicos, la buena fe afecta, naturalmente, a las partes contratantes, pero, si cabe más y por las características de este contrato, a la sociedad médica que debe exponer legible y entendiblemente el contenido de sus obligaciones, explicando sin omisiones el alcance de sus derechos y deberes para que el cliente no vea defraudada por acción o inacción de la gestora, su contratada y abonada atención médica.

**2.1.5. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES
GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

a) Contratos de adhesión

Nos encontramos ahora ante una especial forma de nacimiento del contrato, en la que la igualdad entre las partes queda abiertamente entredicho, se trata del contrato de adhesión.

Esta cuestión se halla estrechamente unida a la consideración y estudio de las condiciones generales de la contratación que, como primera aproximación, podemos decir que se trata del conjunto de estipulaciones prefijadas o establecidas por una empresa que constituyen el contenido parcial de los contratos que, habitualmente, utilizan en las relaciones con sus clientes.

En realidad, la preocupación por la defensa de los intereses del individuo frente a los posibles abusos cobró excepcional importancia a partir de los años 60 del pasado

siglo. HANS KELSEN (1.881-1.973) ya mostró su preocupación por poner algún tipo de límite a los abusos de las grandes empresas a los consumidores en función de los contratos de adhesión, por lo que pronto surgió una corriente jurisprudencial en Alemania⁷⁷ de carácter proteccionista hacia los ciudadanos, los cuales comienzan a ser tratados como consumidores y usuarios, puesto que los bienes y servicios objeto de la contratación en masa se han convertido en bienes fundamentales para el desarrollo de la vida (electricidad, agua, luz, ...), acerca de los cuales la persona no tiene siempre libertad de elección, en función de la existencia de monopolios en su explotación.

Ciertamente, tratándose de oferta que una persona o entidad hace a muchos (por ejemplo, a su eventual clientela), es decir, de contratación preparada en masa, la oferta suele hacerse uniformemente -en determinado patrón o formulario- conteniendo las llamadas condiciones generales de contratación (condiciones propuestas a todos los que quieran contratar, es decir, condiciones para todos los contratos que se celebren),

⁷⁷ Aunque la primera Ley en la materia fue la israelí de defensa de los consumidores, la que mayor trascendencia tuvo fue la AGB, la Ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación, que marcó una serie de pautas en la materia que influyeron en el ámbito continental, fundamentalmente a través de las Comunidades Europeas que, tratando de unificar criterios en ésta materia, recogieron principios contenidos en la ley AGB en diferentes directivas en materia de protección al consumidor y Condiciones Generales de la Contratación.

a los que el proponente, unas veces sí, y otras no, permite la agregación de otras particulares para cada caso. Aquellas condiciones pueden estar insertas en el impreso o formulario que sirve de oferta de contrato; pero a veces, en él se contiene solo un extracto de las mismas, o una referencia indicando que la oferta se hace a base de ellas (por ejemplo, la entidad o empresa de que se trate, señala que los contratos que celebren se entienden ajustados a lo establecido en su reglamentación interna). Todo lo anterior tiene el inconveniente que en realidad, frecuentemente se otorga el consentimiento por una de las partes conociendo solamente la prestación básica que ha de recibir (y la que ha de dar a cambio), pero sin estar al tanto de los detalles secundarios o de límites y cortapisas a la realización de esa prestación principal.

Presupuesto que las imperiosas exigencias de la vida cotidiana requieren que las cosas sean así, y habida cuenta de que puede tomar conocimiento efectivo de las condiciones en que se le ofrece el contrato, el contratante que desee hacerlo (por lo que, en principio, debe equipararse al conocimiento efectivo de la posibilidad de haber conocido), cabría únicamente poner ciertos límites, en casos extremos, para evitar perjuicios procedentes de haber celebrado el contrato

ignorando aquellas condiciones de la oferta que no sea elemental conocer.

Nuestro Código civil no establece ninguna regla específica sobre el particular. Solo es posible invocar el art. 1.288, a cuyo tenor,

«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

No obstante, es abundante la Jurisprudencia que aplica este criterio contrario al que deliberadamente cause la oscuridad en las cláusulas de los contratos; entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fechas 15 de noviembre de 1.989 (EDJ 1989/10194), 9 de julio de 1.999 (EDJ 1999/16826) y de 7 de marzo de 2.007 (EDJ 2007/13363).

Otros códigos, como el italiano, establecen que las condiciones generales predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro si al momento de la conclusión del contrato, éste las conocía o habría debido conocerlas si hubiese sido normalmente diligente; y que determinadas cláusulas que acogen trato favorable, limitaciones de responsabilidad, etc., para quien las

estableció, deben ser específicamente admitidas por el aceptante (arts. 1.341 y 1.342).

Aparte de lo anterior, lo que en todo caso parece seguro, es que, si en el supuesto de aceptarse una de esas ofertas que contienen condiciones generales, se introduce alguna cláusula particular que las contradiga, en todo o en parte, habrá que estar a lo establecido en ésta, que es la que revela lo querido en el contrato singular ante el que se está.

A juicio de FEDERICO DE CASTRO, citado por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA⁷⁸

«... nuestro Derecho contiene los medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la forma de una cláusula de exoneración. ¿Cuáles son esos medios útiles para impugnar las cláusulas contenidas en las condiciones generales?»

En primer lugar, la posible falta de consentimiento contractual. En cuanto que el contratante que ha de aceptar necesariamente la imposición de esas cláusulas por vía de

⁷⁸ MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, *“Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”*, «A.D.C.», Madrid, 1.983, pp. 1.133 y 1.134.

adhesión, no consiente su contenido e incluso no llega a conocerlas suficientemente por su falta de claridad.

En segundo término se afirma que la libertad, que está en la base de la autonomía contractual, tampoco existe aquí. El comprador acepta las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por una situación de monopolio de hecho o de derecho. El juego de la buena fe, de las buenas costumbres y del abuso del derecho también pueden servir para limitar la eficacia de las condiciones generales. Aunque su virtualidad depende del contenido que se reconozca a estos standars o conceptos válvula en su aplicación. En última instancia, el criterio básico es el de la relación existente entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes ...».

El citado autor continúa analizando la cuestión, encontrando, a su juicio, que el defecto más grave que cabe imputar a las condiciones generales es que implican una renuncia a ciertas leyes. Hay que tener presente que la autonomía de la voluntad tiene como límites las leyes, la moral y el orden público, según establece el art. 1.255 del C.c., añadiéndose además, que los pactos contra ley o que impliquen renuncia de ley son nulos. Asimismo, De CASTRO incide en una cuestión más, y es su convicción de que hay que

deshacer el equívoco según el cual todas las normas relativas al derecho de la contratación son dispositivas. Por el contrario, existen normas imperativas no solo sobre la perfección del contrato, sino también sobre su contenido.

En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de ésta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley.

En definitiva, concluye DE CASTRO, el problema de la nulidad -o nulidad parcial- de las cláusulas contenidas en condiciones generales y que resulten injustas por haberse establecido en perjuicio de la parte más débil, impuestas por la parte que redactó las condiciones y que vulneren, sin justificación, el esquema contractual típico, va íntimamente unido a la cuestión de la renuncia de las leyes, ya que implican muchas veces una manifestación de esta figura. Como tales casos de renuncia, pueden ser declaradas nulas. Lo que nos hace reconducir este problema de validez de las condiciones generales al más amplio tema de la autonomía de la voluntad, de sus relaciones con las normas legales

imperativas, de los límites intrínsecos que condicionan el ejercicio de la autonomía contractual. Aspecto sobre el que también ha reflexionado DIEGO ESPIN CANOVAS⁷⁹, haciendo un llamamiento a la moderación del principio de la autonomía de la voluntad y su adaptación a la época presente.

Por su parte, JOSÉ PUIG BRUTAU⁸⁰ considera que

«... la razón de ser del Derecho dispositivo o supletorio descansa en la idea de que existe una verdadera libertad de contratación, en la que impera la auténtica libertad de cada parte para llegar al resultado que se proponen. Cuando la voluntad del individuo determina libremente cual ha de ser el contenido del contrato, las reglas supletorias de la ley pueden quedar apartadas, pues

⁷⁹ DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, "Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado", «Anales de la Universidad de Murcia», Volumen XIII, nº 1 (Discurso de apertura del año académico 1.954-1.955), 1.954, pp. 58 y 59: «Así, mientras que la ley puede ser a veces impotente para oponerse a determinados actos de los sujetos de derecho, que no aparecen contradichos por las normas legales, que no pudieron prever tales actos, en la época en que se dictaron, las normas superiores del orden público y la moral sirven de freno entonces, al tener un contenido normativo más amplio sin una formulación rígida, que pueda quedar anquilosada, creemos, pues, conforme a las ideas que venimos exponiendo, que las limitaciones previstas por el propio legislador en el pasado siglo, al principio de autonomía de la voluntad, en el Derecho privado, permiten en gran parte la moderación de este principio y su adaptación a la época presente, en aquellas materias en que el avance legislativo aún no se haya manifestado, y pueda producirse un sensible divorcio entre la actividad jurídica no prohibida legalmente, y las ideas jurídicas dominantes en la época actual, no formuladas, ni recibidas legalmente».

⁸⁰ JOSÉ PUIG BRUTAU, *Ob. cit.*, Tomo II, Volumen I, pp. 434 y 435.

en casos concretos puede ser preferible otra regulación libremente convenida por las dos partes. Pero bajo la denominación de las condiciones generales, las cosas suelen ser de otro modo, pues con ellas resulta que lo establecido por el legislador como una excepción justificada en el caso de negociación personal, se ha convertido en regla general. Lo que el legislador ha configurado como el supuesto típico no queda desplazado en casos concretos por lo convenido entre partes iguales, sino por medio de otra regulación típica dictada por los económicamente más poderosos ».

Así pues, el Derecho supletorio del Estado queda desplazado por otra regulación de carácter general, que es la de las condiciones generales de la contratación.

Por ello, dice GEORG DAHM⁸¹ que frente a estas condiciones generales, el Derecho supletorio tendría que ser considerado como Derecho imperativo.

MANUEL GARCÍA AMIGO⁸² entiende las condiciones generales como

⁸¹ GEORG DAHM, *"Deutsches Recht"*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1.951, p. 530.

⁸² MANUEL GARCÍA AMIGO, *"Condiciones generales de los contratos"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.969, p. 132.

«... cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos, que al ser aceptadas por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas desean crear, estableciendo su contenido normativo ».

FEDERICO DE CASTRO⁸³ define las condiciones generales como

«... conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones (es decir, el objeto del contrato) se propone celebrar».

Pero, como muy bien dice XAVIER O'CALLAGHAN⁸⁴, un determinado contrato puede ser preparado por el oferente no individualmente, sino en masa, conteniendo unas cláusulas o pactos redactados uniformemente, que están impresos en el contrato, o éste contiene tan solo un extracto de los mismos o incluso una simple referencia, o se conocen por medio de anuncios. Estas cláusulas o pacto son conocidos comúnmente con

⁸³ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *"Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes"*, «A.D.C.», Madrid, 1.961, p. 295.

⁸⁴ XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Ob. cit.*, Tomo II, Volumen 1º, p. 247.

el nombre de condiciones generales por influencia de la doctrina alemana. Ciertamente, no son condiciones en el sentido técnico-jurídico de la palabra. Son cláusulas o pactos que se incluyen en los contratos. Y, en numerosos casos, éstos son contratos de adhesión, aunque no necesariamente.

Por ello, MANUEL GARCIA AMIGO⁸⁵ entiende que los contratos de adhesión se caracterizan fundamentalmente porque una de las partes intervinientes en el mismo, (la aceptante) no hace más que prestar su asentimiento a una normativa de la relación contractual rápidamente predispuesta de antemano sin intervención alguna por su parte; sin embargo, la rigidez de las condiciones generales no llega al extremo de no permitir que en el contrato concreto que se celebra, se incluyan condiciones -realmente, cláusulas o pactos- particulares, que prevalecen sobre las generales, por razón de su especialidad. Por tanto, contrato de adhesión y condiciones generales no son conceptos unitarios, lo cual no impide que a veces coincidan.

En cualquier caso, lo que importa destacar es que las condiciones generales -como el contrato de adhesión- se redactan por la parte más poderosa y se imponen a la más débil, que no puede discutir las, sino que las aceptará o no, dándose, si las acepta, la perfección del contrato.

⁸⁵ MANUEL GARCÍA AMIGO, *Ob. cit.*, p. 135.

En este sentido, debemos entender por posición dominante la situación en la que se encuentra la parte que está en condiciones de imponer a la otra aquellas condiciones que quiere, caracterización ésta que difiere del concepto técnico dado por la doctrina mercantilista. La existencia de ésta posición dominante, rompe con la idea de equilibrio entre las partes, propia de los contratos, puesto que al consumidor que quiere obtener los bienes y servicios ofertados por estas empresas, no le queda más remedio que adherirse o no al contrato ofrecido por las mismas.

Esta circunstancia ha determinado una preocupación por la protección del contratante débil, del consumidor, frente a los posibles abusos por parte de las empresas. Ante esta situación, la única herramienta de defensa contenida en el Código civil, como anteriormente se ha indicado, era el art. 1.288, que recogía el criterio de interpretación *contra proferentem* (o *contra stipulatorem*) de los contratos, según el cual la interpretación de cláusulas oscuras no debía hacerse a favor del estipulador, criterio que, aunque, era recogido por el Código con un carácter genérico, puede ser extrapolado a su problemática. Doctrina sentada por la Jurisprudencia en numerosas Sentencias, entre las que cabe citar las de la Sala

1ª del Tribunal Supremo de fechas 7 de marzo de 2.007 (EDJ 2007/13363) en la que se indica que

«... siendo también doctrina jurisprudencial pacífica el que al tratarse el contrato de seguro de un contrato de adhesión, las dudas que puedan surgir sobre la significación de sus cláusulas deberán ser interpretadas de acuerdo con el artículo 1288 del Código Civil, en el sentido más favorable para el asegurado»,

y en las de fecha 3 de febrero de 1.989 (EDJ1989/960) y 4 de julio de 1.997 (EDJ1997/6076).

No obstante, otras Sentencias abundan en la configuración del contrato de adhesión y así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1.957 (Aranzadi nº 753) conviene en que

«... la mayor parte de los autores afirman terminantemente la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión, si bien, entre ellos pueden establecerse ciertas gradaciones, desde los que piensan que la forma contractual es pura apariencia, o aquellos otros que los configuran como contratos colectivos en su conclusión, discutiéndose a su vez si constituyen una

categoría propia, con autonomía dogmática en el sistema contractual, o si son una forma de manifestación común a todos los contratos, que solo aporta variaciones de matiz en punto a las normas que presiden su interpretación, siendo evidente que se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el art. 1.261 del Código civil, pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento normas especiales y más cuidadosas de interpretación, que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 12 de mayo de 1.970 (EDJ 1970/324).

JAIME SANTOS BRIZ⁸⁶, por su parte, avanza en el estudio de las condiciones generales de la contratación y llega a proponer

⁸⁶ JAIME SANTOS BRIZ, "Los contratos civiles ... Ob. cit.", pp. 120 y 121.

cuatro diversas formas por las que el particular puede someterse a las mismas. En síntesis, son las siguientes:

1ª- Por aceptación de aquéllas en el documento que refleja el contrato, impresas en el mismo o en documento adjunto. Este supuesto se aproxima al contrato individual, pero difiere de él, al no referirse a disposiciones particulares, sino a las condiciones en bloque.

2ª- Por referencia expresa a las condiciones en el contrato individual, pero sin ir incluidas en éste ni en documento adjunto. En este supuesto, el particular ha de haber podido informarse del contenido de las condiciones en tiempo, modo y lugar adecuados (letreros, prospectos, entrega previa del impreso que las contiene, etc.). Entonces es importante la omisión de toda oposición al celebrar el contrato, pues al decidirse a contratar habiendo tenido posibilidad evidente de conocer previamente las condiciones puede fundadamente suponerse que las acepta, máxime cuando en el contrato se hace referencia expresa a las mismas.

3ª- Por referencia tácita en el contrato individual, al estar incluido éste, por ejemplo, en una serie de contratos que se han venido rigiendo por las mismas condiciones, o bien, cuando se trata de condiciones generalmente aceptadas para

ciertas ramas de negocios (bancos, seguros, transportes...). Pero es preciso que de las circunstancias resulte inequívoca la sumisión a las condiciones correspondientes, pues en caso de duda ha de rechazarse su obligatoriedad.

4º- En el comercio se admite que ciertas condiciones negociales valgan sin necesidad de sumisión cuando las mismas han llegado a ser usos de comercio, es decir, derecho consuetudinario con valor de fuente del Derecho a tenor del art. 1, párrafo 3º del Código civil. Su aplicación exige la prueba suficiente de la existencia y vigencia del uso y la insuficiencia del derecho codificado para regular el contrato.

Una vez determinado que efectivamente hubo "remisión" o "sumisión" en el sentido de aceptación de oferta de un contrato a las condiciones o formularios propuestos por el empresario, es importante determinar a continuación el alcance de esa aceptación o reenvío. Es lógico sentar el principio a este respecto de que la sumisión a lo desconocido no puede equitativa y justamente imponerse a nadie. Sin embargo, debe pensarse en la inseguridad que se crearía en el tráfico si la remisión o sumisión a condiciones que pudieran ser conocidas antes de contratar se impugnasen después por el particular al cerciorarse de que entre ellas hay algunas distintas de las que él creía. Ciertamente, esta impugnación será ineficaz frente a

condiciones claras, inequívocas y comprensibles, y además no contengan nada no usual, en tanto sobre ello no se haya hecho especial hincapié. Por tanto, deben excluirse las condiciones oscuras o las redactadas en forma ambigua o equívoca, como no queridas por el cliente. Deben quedar fuera de la remisión o sumisión las condiciones inmorales, injustas y las contrarias a las buenas costumbres, por estar claramente incluidas en la prohibición de los art. 1.255 y 1.258 del Código civil. En los casos en que la sumisión venga impuesta por los usos del tráfico que no tengan carácter de derecho consuetudinario aplicable a tenor de los art. 1º (números 3 y 7) del Código civil y 2º del Código de comercio, han de excluirse aquellas condiciones que, aun no inmorales, no respondan al estatuto jurídico civil del contrato de que se trate; es decir, las que pretendan dar una regulación excepcional al contrato, a menos que se haya hecho sobre ello especial advertencia al particular.

Sentado lo anterior, el análisis debe ir más allá, tratando de determinar cual será la incidencia final que tenga la sumisión a cláusulas o condiciones que, posteriormente, son cuestionadas en cuanto a su validez. Por ello el citado autor entiende que la nulidad o ineficacia de ciertas condiciones no anula el contrato totalmente, sino sólo las condiciones afectadas, que serán sustituidas por otras ajustadas a Derecho.

Es decir, la cláusula ilícita no será nula de pleno derecho, sino que su nulidad requerirá impugnación del perjudicado, y obtenida la nulidad, ésta se reduce a las cláusulas afectadas por la ilicitud. La determinación de condiciones no usuales, ilícitas o inmorales deberá hacerse por los Tribunales en cada caso, siguiendo los principios que informan nuestra legislación civil. Las medidas o criterios de enjuiciamiento de la objetividad de las condiciones generales no son iguales en todos los casos; las diferencias obedecerán, por ejemplo, a su extensión, modo de presentación, clase de clientela, plazos pactados, ramas del negocio, regiones o comarcas, zona rural o urbana, etc..

MARCO AURELIO RISOLA⁸⁷ sintetiza la doctrina hispanoamericana exponiendo que

«... la situación jurisprudencial-doctrinal es la siguiente:

1º) El contrato de adhesión no es una categoría autónoma en Derecho común;

2º) La adhesión es tan sólo una forma de expresar el consentimiento en cualquiera de los contratos conocidos;

⁸⁷ MARCO AURELIO RISOLA, *"Soberanía y crisis del contrato"*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.958, p. 150.

3º) *El hecho de que el consentimiento se preste por adhesión no basta para destruir el carácter contractual del acto;*

4º) *El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad técnica;*

5º) *Sólo apreciando la intensidad de estos fenómenos es posible establecer en cada hipótesis si el contrato subsiste o desaparece».*

Tradicionalmente, la doctrina⁸⁸ ha entendido que la utilización de contratos-tipo y la ausencia de negociación son, sin duda, las consecuencias inevitables de la centralización de poderes de decisión en la producción y distribución de las relaciones contractuales de masa. El número y la repetición de los contratos, la rapidez necesaria de su conclusión y la intervención de dependientes que no tienen ningún poder de decisión impiden, en la distribución moderna de bienes y servicios, cualquier negociación capaz de modificar los modelos previamente redactados por servicios de especialistas, que sustituyen en la práctica a las disposiciones supletorias del Código civil o el Código de comercio -formuladas imparcialmente y en busca del equilibrio de intereses- por una reglamentación

⁸⁸ JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, p. 32.

unilateral y presumiblemente, partidista. Los redactores del contrato tipo ejercitan así, un poder reglamentario de hecho: sustituyen a las disposiciones legales supletorias un derecho contractual nuevo.

Con referencia al conocido trabajo de MIGUEL ROYO MARTÍNEZ⁸⁹, dice LUÍS DÍEZ-PICAZO⁹⁰:

«... ROYO MARTÍNEZ, que estudió muy agudamente el problema, señalaba que son dos las cuestiones fundamentales que la contratación por adhesión plantea. La primera cuestión consiste en determinar hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la gran empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas por la misma, para disfrutar las prestaciones, otorga respecto de las cláusulas o condiciones generales un verdadero consentimiento y por consiguiente celebra un genuino contrato. La segunda cuestión consiste en averiguar cuáles pueden ser los medios jurídicos para evitar, o en su caso, reprimir los abusos a que puede dar lugar la desproporción económica y la diferencia de preparación técnica existente entre las dos partes (defensa frente al abuso de monopolio o abuso de

⁸⁹ MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, "Contratos de adhesión", «A.D.C.», 1.949.

⁹⁰ LUÍS DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos, Madrid, 1.972, p. 221.

posición dominante). Una y otra cuestión aparecen impregnadas por un mismo denominador común. Se trata de evitar las injusticias a que puede eventualmente dar lugar la utilización del procedimiento de contratación descrito. Son, por ello, razones de orden moral, social y económico, más que razones de orden estrictamente jurídico, las que han llevado a la doctrina a detenerse ante el problema de los contratos de adhesión».

ENRIQUE LALAGUNA⁹¹ afirma que

«... El contrato es, a la vez, un acto voluntario y un comportamiento social. Las consecuencias jurídicas que se atribuyan al contrato se han de extraer necesariamente de este doble significado que tiene la actividad jurídica de la persona. Aquellas consecuencias que pueden anudarse al contrato, aunque no sean ni aparezcan expresamente queridas, se derivan también de lo expresamente pactado en cuanto que el contrato tiene, como acto jurídico, una intrínseca significación social. Las consecuencias jurídicas que no pueden asociarse a una pura voluntad contractual se derivan del contrato en cuanto éste es expresión social de una conducta. Las consecuencias que no

⁹¹ ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "La libertad contractual", «R.D.P.», Madrid, 1.972, p. 871.

pueden atribuirse a la voluntad pueden, en cambio, asociarse a la libertad de la persona en la medida en que ésta, al actuar libremente en el orden social, se hace responsable de sus actos. Esa cara oculta de la libertad que es la responsabilidad de la persona sirve de fundamento para la atribución de consecuencias jurídicas no queridas al acto contractual».

En Derecho comparado, y más concretamente, entre la doctrina italiana, RENATO SCOGNAMIGLIO⁹² sostiene que la predisposición unilateral del contenido del contrato se produce preferentemente en aquellos contratos en masa en los que, por una parte, intervienen los empresarios que organizan profesionalmente la producción y el cambio de bienes y servicios para el mercado general, y por otra, los consumidores singularmente y como ciudadanos comunes que necesitan de aquéllos bienes y servicios. No es fácil dar cuenta de las múltiples razones e intereses que recomiendan una disciplina unitaria de tales operaciones; razones que van desde la necesidad de simplificar las relaciones con los clientes y evitar pleitos y controversias, ahorrando el máximo de gastos, con ventaja final asimismo de los propios consumidores; a los criterios de lealtad y corrección, e incluso de justicia y

⁹² RENATO SCOGNAMIGLIO, *“Dei contratti in generale”*, en el comentario de Scialoja-Branca, Soc. editrice del Foro Italiano, Bologna, 1.970.

equidad, según los cuales, todos los clientes deben ser tratados tendencialmente de una misma manera. Pero no es menos evidente que una regulación semejante solo puede ser predispuesta por parte de quien (el empresario) constantemente ocupa la misma posición contractual frente a una serie más o menos numerosa de sujetos; de quien, así, sólo él posee la fuerza y tiene un inmediato interés, como asimismo, conocimientos y experiencia para llegar a ese resultado. Mientras los consumidores, tomados uno a uno, no tienen fuerza, ni es fácil que entablen una acción colectiva.

Entre la doctrina portuguesa, LUÍS HUMBERTO CLAVERIA GOSÁLBEZ⁹³ advierte cierta divergencia entre los planteamientos y motivaciones de las partes en el contrato celebrado bajo condiciones generales al indicar que

«... El adherente está interesado en la satisfacción de una necesidad; el estipulante, en la economía de la operación. No se da, como en cualquier otro contrato, fusión de dos voluntades originándose un egoísmo único, no existe un fin común ni un contenido que sea producto de dos voluntades»

⁹³ LUÍS HUMBERTO CLAVERIA GOSÁLBEZ, *“La predisposición del contenido contractual”*, «R.D.P.», Madrid, 1.979, p. 667.

b) Contratos en masa y contratos en serie

Hay que tener presente que no es fácil señalar los límites entre la contratación en masa y la contratación en serie. Pero parece una labor irrenunciable que debemos afrontar atendiendo a diferencias en la dimensión fáctica del contrato y en el significado de la determinación individual del sujeto particular (el consumidor, abonado, suministrado, o sea el que circunstancial o aisladamente participa en un contrato de la masa o serie de contratos), al que llamamos "parte ocasional".

Cuando la individualidad de la "parte ocasional" es indiferente, como en los contratos de venta en establecimiento mercantil al contado⁹⁴, estamos en presencia de contratos en masa; otro tanto, podemos afirmar de los contratos de asistencia a espectáculos o de transporte, en los que la

⁹⁴ Es muy interesante destacar cómo la venta de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público es objeto de una norma singular en el Código de Comercio (art. 85 que establece la irreivindicabilidad de dichas mercaderías, o su prescripción instantánea) y de otra norma excluyente de la aplicación de regulación del propio Código de Comercio referente a la compraventa mercantil (art. 326 del C.co.) en cuanto el comprador de tales mercaderías en tales establecimientos sea consumidor (y no los adquiera, por definición, con ánimo de lucrarse en la reventa, art. 325 del C.co.) de lo que resulta que el comprador en tiendas y almacenes abiertos al público de mercaderías destinadas a su consumo podrá invocar la legislación civil, más beneficiosa que la mercantil, en lo referente a su defensa en caso de defectos o vicios ocultos y podrá ampararse además en la rotunda inmunidad posesoria que le ofrece el art. 85 del C.co. a que se remite el art. 464 del C.c. cuya efectividad hace impensable el supuesto de evicción e innecesario el saneamiento por tal riesgo.

exteriorización de la voluntad contractual se realiza mediante la compra al contado del billete, boleto o tiquet que atribuye derecho de entrada o de transporte.

Cuando la individualidad de la "parte ocasional" tiene relieve y cuando el acto de perfección del contrato adquiere un significado propio como acto de exclusivización y manifestación de voluntad, de mayor entidad y significado que una conducta manual o socialmente significativa no parece que podamos atribuir al contrato la cualidad de unidad de una masa, sino más bien, el de unidad de una serie. La diferencia está en la fungibilidad del hecho. Jurídicamente, un contrato en masa es indistinguible de otro contrato en masa; mientras que un contrato de una serie, aunque sea igual en su contenido normativo, incluso aunque sea igual en aspectos materiales del objeto de sus prestaciones o de su prestación dominante, a otros contratos de la serie es diverso de estos otros contratos de serie en determinados aspectos, singularmente en lo referente al contratante singular y al significado mismo del acto contractual, esto es, del contrato como hecho, como declaración de voluntad y como reglamentación privada.

Nota común de los contratos en serie es la rigidez de la posición del contratante empresario que mediante tales contratos realiza el tráfico de su actividad empresarial, y la

adaptación del contrato, por lo demás ajustado al modelo, al menos relativamente, a las particulares del contratante particular.

Al propio tiempo debemos señalar como, entre los contratos en masa y los contratos en serie existen diferencias muy importantes en diversos aspectos -singularmente en cuanto a la trascendencia en el tiempo de las relaciones u obligaciones contractuales y en cuanto al significado del contrato como título, causa o justificación de dominio.

En lo relativo al tiempo, es propio de los contratos en masa la simultaneidad de perfección y recíproca consumación (trueque) mientras en los contratos en serie son distinguibles, como momentos diversos en el tiempo, el de la perfección del contrato, el de la ejecución de las prestaciones a cargo de una y de otra parte, e incluso, el de cada uno de los parciales cumplimientos a cargo de una parte.

También es muy significativa la diferencia entre un contrato en masa y un contrato en serie en funciones de título de dominio. El carácter mueble de los bienes objeto del tráfico en masa disminuye la trascendencia y significado del título de dominio en la medida en que actúa el efecto legitimador de la posesión entregada al adquirente; lo cual sucede incluso cuando

son objeto del contrato títulos valores cuya posesión no solo legitima el dominio sobre su corporalidad documental, sino respecto del ejercicio de los derechos incorporados, mientras que respecto de bienes inmuebles o de bienes y derechos susceptibles de registro de efectos sustantivos el contrato no pierde valor y trascendencia como título, ya que los efectos causales y legitimadores del mismo se prolongan en el tiempo como apoyo de dominio, de su realización y de su defensa.

c) Las Condiciones Generales de la Contratación

Para ROBERTO BLANQUER UBEROS⁹⁵

Condiciones generales de los contratos, en principio son el conjunto de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones está dispuesto a celebrar. Sus características son:

Prerredacción:

La parte que se propone usar las condiciones generales las redacta de modo previo, pausado y ponderado, con el

⁹⁵ ROBERTO BLANQUER UBEROS, *Ob. cit.*, pp. 97.

oportuno estudio y asesoramiento que le permite su capacidad económica y la trascendencia social y económica de la prestación a realizar.

Acuerdo de voluntades:

Nos parece indiferente que la parte que usa las condiciones generales y las ha prerredactado verifique la oferta correspondiente, o provoque o solicite ofertas que tomará en consideración en cuanto se sometan a dichas condiciones generales; lo definitivo es que ambas partes forman voluntad común, celebrando el contrato, ajustadamente a las condiciones generales. Desde un punto de vista estructural, el consentimiento del contrato de adhesión resulta de la concurrencia de dos declaraciones de voluntad recíprocas y sucesivas, o sea complementarias; de las cuales, una es de pura y simple aceptación de la otra. Por ello, una vez más, debe afirmarse el carácter contractual del de adhesión y debe situarse la problemática jurídica en el modo de producirse la fase preparatoria, de tener lugar los tratos y de acontecer la formación del contrato y de conducirse en ella el contratante social y económicamente más fuerte, el que ha prerredactado su voluntad contractual (en forma de condiciones generales), y sobre todo en la trascendencia que esta conducta tenga en la

interpretación del contrato y en la valoración de las prestaciones que para su cumplimiento deba realizar y realice este contratante.

Algunas consideraciones nos merece la afirmación que acabamos de hacer. Las condiciones generales prerredactadas por una parte, vinculan a la otra parte en cuanto las haya aceptado o asumido, quedando vinculada a ellas. La vinculación no nace de la prerredacción, ni de la posición social o económica de la parte que usa las condiciones, sino de la aceptación.

Sin aceptación no hay ni puede haber vinculación; y la aceptación supone conocimiento y voluntad exteriorizada; y por tanto, según dijimos, la aceptación de las condiciones generales debe resultar de la exteriorización de la voluntad. La prueba de todo ello será a cargo de quien pretenda el uso de las condiciones generales y su consiguiente efectividad. Conviene que advirtamos, en defensa de nuestra exposición, cómo la correlación entre aceptación consciente (volición fundada en el conocimiento) y sujeción a las condiciones generales es, en definitiva, una garantía a favor de la parte frente a la que se usan, ya que dicha exigencia impone a la parte que las usa el deber de dar conocimiento de ellas a la

otra parte y la carga de probar que la otra parte dio su consentimiento a las mismas, una vez conocidas.

La formación de voluntad común, la participación de ambas partes en el acto de la perfección contractual, no supone una participación en pie de igualdad. Singularmente destacable es la circunstancia de la prevalencia social y económica de quien prepara y usa las condiciones generales. Ahora bien, conviene valorar precisamente esas circunstancias. En principio, no determinan por sí solas una alteración en el proceso cognoscitivo y volitivo de la otra parte contratante en términos tales que invaliden o hagan impugnable la formación o manifestación de la voluntad contractual de esta última; o sea, el empleo de las condiciones generales no vicia de suyo y por sí sólo, la voluntad contractual de la otra parte. Por tanto, en general, las circunstancias de la parte que emplea las condiciones generales serán un elemento para la interpretación y aplicación de la normativa contractual.

La normativa de condiciones generales:

Según lo dicho hasta aquí, el problema fundamental de las condiciones generales estriba en la valoración de la normativa que contienen. La cuestión grave no es la prerredacción, sino

es, excluida la aplicación de condiciones generales no aceptadas, su contenido contractual.

La medida o el término de referencia:

La medida del contenido contractual nos la ha de dar el Ordenamiento objetivo. Es lugar común, y admitido, el retraso del Ordenamiento en incorporar a las leyes, tipificándolos, los contratos más frecuentes, que van adquiriendo una tipicidad usual. Sin embargo, no es labor excesivamente dificultosa la subsunción de un determinado contrato tomado de la vida real, por complejo que sea, y de las prestaciones y normas que lo componen, en los adecuados tipos contractuales, ni es dificultosa la armonización de éstos, ni la integración de lo que resulte con las normas que forman la parte general del Ordenamiento acerca de las obligaciones y de los contratos. La doble labor de análisis de las prestaciones convenidas hasta lograr la síntesis de ellas, según su graduación e interrelación, y de subsunción en las normas legales correspondientes a los tipos calificados y a los pactos analizados permite obtener un modelo o unidad de medida de la normativa contractual que resultaría aplicable según los tipos legales correspondientes y según las normas generales de obligaciones y contratos; y dicho de otra manera, de la normativa aplicable a un contrato en que, meramente, se

hubiesen pactado las prestaciones, sin articular normativa particular.

Pues bien, esa normativa contractual deducida es el término ideal de comparación respecto de la normativa establecida mediante condiciones generales para determinadas prestaciones. La labor de análisis y síntesis de las prestaciones y obligaciones (despojadas de elementos normativos) y de subsunción en el Ordenamiento, permiten construir una regulación contractual ideal y propia de la configuración normativa o, meramente dispositiva, de los tipos legales correspondientes a dichas prestaciones y obligaciones y a las normas generales.

La comparación entre la articulación normativa contenida en las condiciones generales y la articulación deducido como idea, según las normas legales reguladoras en general de las obligaciones y de los contratos, y en particular, de los tipos contractuales legales correspondientes a las prestaciones convenidas y debidamente armonizadas y combinadas permite una valoración de las condiciones generales.

Ahora bien, en principio, esta valoración⁹⁶ debe comprenderse en los límites generales de valoración de los

contratos, en general, de la valoración del uso y ejercicio de la autonomía de la voluntad. La valoración no depende, tanto de la mera aproximación en la estructura y en el sinalagma del contrato articulado mediante "condiciones generales" al contrato configurado por la ley como "tipo legal" cuanto del equilibrio de intereses y correspondencia de posiciones jurídicas que ofrezca el contrato sujeto a "condiciones generales", de manera que la posición jurídica de la parte que las hubiera redactado resulte no sólo "preponderante", sino "injustificadamente" preponderante, así parece que debe interpretarse el injusto desequilibrio de las prestaciones a que se refieren, los art. 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La discordancia entre la normativa meramente dispositiva del tipo contractual legal y la normativa de un contrato no afecta, por sí sola, a la validez y eficacia de esta última, según la propia naturaleza de aquella normativa.

Ahora bien, la discordancia tiene, incluso respecto de los contratos celebrados individualmente, unos límites

⁹⁶ BLANQUER UBEROS, R., *Ob. cit.*, pp. 100.

basados en la naturaleza de las cosas, en la armonía de las prestaciones según sus relaciones causales o justificativas y en la coherencia de los diversos intereses. Por tanto, no toda discordancia entre el tipo legal y el contrato singular contemplado o analizado queda amparada por la autonomía privada; ya que ésta no es omnímoda y tiene sus propias y naturales limitaciones⁹⁷ .

Después de recordar la práctica de las renunciaciones de leyes, excesivamente divulgada en las escrituras públicas antiguas, y la doctrina que rechazaba la eficacia, y aun la validez de tales cláusulas, pasa a analizar críticamente el estudio meramente dogmático de la cuestión que se realiza partiendo del concepto de normas dispositivas, como contrapuesto al de normas imperativas, para llegar a cuestionar el valor y alcance de las condiciones generales en cuanto supone una exclusión aceptada de normas, o sea, una renuncia a las mismas. Considera este autor, de una parte, que queda fuera del arbitrio de las partes la exclusión de las normas referentes a la sustancia misma de los contratos onerosos o conmutativos y las que resultan de la propia condición de cada tipo de contrato por el natural carácter definitorio de dichas normas y de otra parte, que el pacto o cláusula por el que se abandone alguna facultad u obligación

⁹⁷ ROBERTO BLANQUER UBEROS, *Ob. cit.*, pp. 100-101.

apartándose del tipo legal deberá estar justificado por alguna razón concluyente, o deberá estar compensado suficiente y razonablemente dicho abandono.

Los criterios particulares de valoración:

Pero el Derecho no puede prescindir de las particulares circunstancias que rodean cada caso. Y cuando se trata de valorar la normativa establecida en condiciones generales los principios generales rectores de tal valoración, que no deben ser abandonados, deben ser objeto de matizaciones según diversas circunstancias. Unas se refieren a la parte que usa las condiciones generales: a su posición económica y social y sobre todo, a su posición en el mercado de los bienes o servicios respecto los que proyecta contratar. Sin omitir la valoración y trascendencia de posiciones de dominio de mercado de dichos bienes o servicios o situaciones monopolísticas del mismo.

Otras se refieren a la parte a quien se destinan las condiciones generales; y se concretan en la ponderación de su necesidad de contratar con la parte que los usa. A estos efectos, se considera la necesidad, tanto en relación a la posibilidad de celebrar el contrato con otros contratantes o

en otras condiciones, como en relacionar estado o situación personal, del que sufre las condiciones respecto del bien o servicio contratado.

La incidencia de los criterios particulares:

Pueden señalarse diversos campos:

En la interpretación de las cláusulas, de manera que se realice esta labor en beneficio del destinatario de las condiciones y no de quien las utiliza. Recuérdese el art. 1.288 del C.c. que dispone

«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

En la integración de las cláusulas, de manera que arroje el resultado más beneficioso a la parte destinataria y no a quien la prerredactó y trata de prevalecer.

En la eficacia de las cláusulas, que en principio, una vez interpretadas e integradas, deben considerarse eficaces salvo las moderaciones permitidas por las leyes en caso de

lesión, de penas excesivas, o de alteración de las normas legales sobre responsabilidad⁹⁸.

A criterio de este autor, la problemática de las condiciones generales y el rechazo de las abusivas, o de las que beneficien injustificadamente a una parte, no determina por sí sólo y de suyo, la nulidad del pacto o de la cláusula (en sentido técnico), aunque nada obsta la procedencia de la declaración de nulidad de una cláusula contenida en unas condiciones generales según a doctrina general de la nulidad de los contratos. Debe tenerse presente, de otra parte, que a los efectos de la defensa de aquel contratante contra el que se utilicen las condiciones generales puede bastar la declaración de inexigibilidad o de ineficacia de la condición general de que se trate; piénsese que esta solución puede ser la más práctica, incluso en beneficio de dicho contratante al que interese la conservación del contrato, razón por la cual, debe tenerse muy presente, en esta cuestión, la idea y la técnica de la ineficacia parcial o de la nulidad parcial de los contratos. Recuérdese, no obstante, que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sanciona con nulidad de pleno Derecho las condiciones generales que incumplan los

⁹⁸ ROBERTO BLANQUER UBEROS, *Ob. cit.*, pp. 102.

anteriores requisitos. Se trata de nulidad plena, aunque parcial, que puede provocar la ineficacia del contrato (artículo 83.1). La norma no parece que sea totalmente aceptada, no es posible la ratificación, y la prescripción de la acción de nulidad plena plantea graves problemas.

Por tanto, la interpretación y la integración pueden y deben tender a la aproximación del caso contemplado al término de referencia o de comparación. Y la ineficacia de las cláusulas podrá decidirse si resulta justificada por alguna de las razones indicadas y de ella resulta una mayor aproximación a dicha medida modélica. Las ideas de abuso del derecho a la libertad contractual, de prevalencia de posiciones en la contratación y de establecimiento en la normativa contractual de ventajas no justificadas por las propias relaciones contractuales, son los conceptos válvulas o estándar que se deben emplear al juzgar la eficacia o ineficacia de las condiciones generales.

Se han invocado y es indudable que existen razones justificativas del uso de condiciones generales de los contratos. Y se han señalado, de contrario, con precisión y claridad y argumentos irrefutables, cláusulas o normas contenidas en condiciones generales que dan lugar a una posición ventajosa, injustificada y desproporcionada,

favorable a la parte que las usaba. En general, esas posiciones ventajosas son atacables, según criterios y en base a argumentos consagrados por la jurisprudencia, aunque no quepa tacharlas de contrarias a derecho de manera absoluta; esto es "de suyo". Queremos decir que puede ser excesivo afirmar la nulidad de una cláusula como consecuencia de ser contraria a una ley normativa y puede no ser contradictorio con su validez de principio la afirmación de que sus efectos pueden ser moderados y restringidos o ampliados, esto es, que su eficacia puede restringirse o alterarse, o incluso que la cláusula puede tenerse por no puesta, si se considera injustificada en el marco de las condiciones generales, aunque de suyo sea válida y puede tener eficacia si se conviene en negociación real y efectiva entre partes que actúan en plano de igualdad. ROBERTO BLANQUER UBEROS⁹⁹, también ha prestado su

⁹⁹ ROBERTO BLANQUER UBEROS, *Ob. cit.*, pp. 105 a 110.

RICARDO NUÑEZ LAGOS, *"Fe pública especial"*, «Revista de Derecho Notarial» n° XX, Madrid, Abril-Junio 1.958, pp. 27 y ss.

"Documento auténtico de la casación civil", «Revista de Derecho Notarial» n° 33-34, Madrid, Julio-Diciembre 1961, pp. 165 y ss. con extenso comentario al inciso final del último párrafo del art. 9 de la L.H.

JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, *"Lecciones de derecho inmobiliario registral"*, 2ª edición, La Editorial, Zaragoza 1.957, pp. 145 y ss. Son muy interesantes sus reflexiones en relación a la inscripción como resultado de la acción de inscribir al valor documental de la inscripción, que da cuenta de ciertos actos, aunque no por conocimiento directo del autor del documento (el Registrador), y que es, sin embargo, el texto a tener en cuenta para fijar los efectos sustantivos de la publicidad registral.

RODRIGO URÍA MERUÉNDANO, *"Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie"*, «R.D.M.», Madrid, 1.956 II, p. 224.

atención a la utilización de las condiciones generales que, considera, se ha impuesto por el hecho de que la contratación que realizan los empresarios mercantiles es una contratación en masa, lo cual hace no sólo que por razones de equidad se quiera dar un tratamiento similar a todos los clientes que requieren unos determinados servicios o mercancías, sino también, por razones de economía de tiempo y de medios materiales, no pueden discutirse caso por caso, todas las condiciones del contrato.

Por medio de las condiciones generales de la contratación establecidas por un grupo o asociación de empresarios, se intenta eliminar la competencia ilícita entre estos empresarios. Sin embargo, mediante estas condiciones generales de la asociación de empresarios también se elimina, en parte, la libre iniciativa y, por tanto, se reduce no sólo la competencia ilícita o desleal, sino también la lícita.

Indicar, también, que las condiciones generales tienen una naturaleza contractual, aun en el caso de que estén sometidas a la aprobación administrativa anterior a su utilización. Asimismo, se necesita esa aprobación en las

IGNACIO SOLÍS VILLA, (Pp. 270 y ss) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, (Pp. 398 y ss.) ponencia sobre "*Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato*", «Revista de Derecho Notarial» nº 116, Madrid, (Abril-Junio 1.982).

condiciones generales que son utilizadas por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando en su art. 81.1 dispone que:

«1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios prevista en esta u otras leyes. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma».

Es preciso, pues, afirmar la naturaleza contractual de las condiciones generales. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en forma constante, ha considerado a las condiciones generales como cláusulas contractuales, y, en consecuencia, ha aplicado a ellas las normas relativas a la interpretación de los contratos (sentencias de 13 de Diciembre de 1.934, 27 de Diciembre de 1.942, 12 de Marzo y 12 de

Noviembre de 1.957, 4 de Marzo de 1.961, etc.; entre las recientes, la de 13 de Abril de 1.984, Repertorio cronológico de Jurisprudencia Aranzadi 1.961, y 22 de Febrero de 1.985, Repertorio cronológico de Jurisprudencia Aranzadi 742). Más recientemente, en este sentido, la Sentencia de fecha 22 de julio de 1.992 (EDJ 1992/8263). Las condiciones generales son, como se ha señalado, declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente situaciones contractuales susceptibles de repetición. Estas declaraciones pueden estar preparadas separadamente por cada empresario, o bien, previo acuerdo de ellos que se manifiesta por medio de su órgano representativo, pero aún en este caso no pierden su naturaleza contractual. Esta condición la adquieren naturalmente, cuando las condiciones entran en juego en un determinado contrato.

En el contrato de gestión de servicios médicos se aprecia, sin duda, un referente claro a las condiciones generales de la contratación, e incluso, a un posible contrato de adhesión, si éste es tomado como contrato de seguro médico. El orden económico moderno hace imprescindible presentar ante los potenciales consumidores un clausulado cuya redacción ha sido elaborada por la empresa encargada de comercializar ese producto o servicio. Concretamente, en el caso que me ocupa, es factible pensar que la necesidad de procurarse una atención

médica afecta a un gran número de personas y, por consiguiente, la propia dinámica empresarial exige colocar en el mercado una oferta dirigida a una masa de clientes indeterminada.

Esto, en un primer momento, chocaría frontalmente con el principio básico que rige la contratación en nuestro Derecho Privado y que es el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 1.255 del C.c. cuando dispone que:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»

Así, y sin olvidar la realidad cotidiana que obliga a contratar forzosamente una serie de suministros como son el agua, electricidad, teléfono, combustibles, e incluso, Internet, los servicios médicos privados se presentarían en el momento actual, como una previsión entendida y convertida socialmente en mejora de los que pueda prestar la sanidad pública.

También es necesario puntualizar que la simple presencia de las condiciones generales en el contrato de gestión de

servicios médicos, como en cualquier otro en que pudieran figurar, no supone, a mi entender, una negación a la libertad contractual, siempre que estas condiciones respeten al consumidor y no le afecten negativamente en cuanto a lo que, en realidad, cree que está contratando con cláusulas oscuras, como dice el art. 1.288 del C.c., o ser contrarias a la buena fe o incurrir en abuso del derecho.

Una cuestión importante sería averiguar, en la actualidad, hasta que punto estas condiciones generales se han transformado en derecho necesario establecido por las sociedades privadas, dejando escasa o nula posibilidad de negociación para introducir cláusulas particulares a los clientes, desplazando a la legislación supletoria del Estado, ocupando así, la parte más débil en el contrato, la sumisión como única realidad viable si quiere obtener lo que desea, limitando sensiblemente sus posibilidades de defensa. En concreto, y para el contrato de gestión de servicios médicos, el clausulado prerredactado por la sociedad gestora afectaría a la libertad de contratación del cliente, a su autonomía de la voluntad, si no recogiera además de la prestación principal o básica (esencial) que es la atención médica, todo el detalle que explique cómo se va a realizar ésta. Es decir, el consumidor debe conocer con certeza, cómo, cuándo y dónde será atendido. No bastaría, aunque a él si, seguramente por no

pertenecer al mundo del Derecho, con la entrega de los listados de facultativos y centros hospitalarios propios o concertados. Desde una óptica jurídica, convendría precisar, a mi juicio, cuál sería el procedimiento o cuáles serían las formas de realización de esa prestación básica, llamada atención médica, en concordancia con la naturaleza jurídica de la obligación contraída por la gestora.

d) Régimen jurídico actual de la protección a los consumidores y usuarios y de las condiciones generales de la contratación

El artículo 51 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978, en sus dos primeros apartados, establece que

«1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus

organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca».

Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, las Cortes Generales aprobaron la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para cuya redacción se contemplaron los principios y directrices vigentes en esta materia en el Derecho Comunitario, y con la cual se pretendió dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluyera ni suplantara otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior.

Los objetivos de la referida Ley, tal como se reflejaban en la Exposición de Motivos, se concretaban en los siguientes:

1. Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.

2. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.
3. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

Por seguir un orden cronológico en la sucesión de normas de Derecho positivo, no podemos dejar de hacer referencia al Derecho Comunitario, concretamente, a la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que recoge una definición manifiesta de lo que entiende por consumidor, instando a los estados miembros de la Unión Europea a arbitrar sistemas de control abstracto de las condiciones generales de la contratación, proporcionando ciertos principios que las legislaciones internas deberán incorporar respecto del control de contenido de las mismas. De este modo, la defensa frente a los posibles abusos puede venir por dos vías:

a) Mediante un control concreto, que supone el control de contenido mediante la incorporación de un elenco de cláusulas consideradas abusivas; y,

b) Mediante un control abstracto, lo que implica el reconocimiento de cierta capacidad de control a ciertas entidades de defensa de los intereses generales, dotándolas de legitimidad para interponer recursos contra cláusulas abusivas, y de concretas herramientas ante la jurisdicción.

Otra posibilidad es que la ley recoja un elenco de cláusulas abusivas, de forma que cuando un contrato incorporara alguna de estas el contrato sería considerado inmediatamente nulo. El inconveniente de este medio de control es la dificultad de crear un elenco de cláusulas que cubra todos los posibles casos de abuso.

En nuestro país se ha dado cumplimiento a las exigencias recogidas en la directiva de 1993, antes referida. Téngase en cuenta que ya existía la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que incorporaba un control de contenido. Si bien, esta ley se ha visto modificada por el legislador español incluyendo un elenco de cláusulas abusivas en respuesta a la directiva citada, concretamente, en su art.

art. 10 b). Pero, en respuesta a la segunda recomendación de la directiva de posibilitar un control abstracto que permitiera interponer acciones judiciales para evitar las condiciones abusivas, el legislador aprobó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

En este sentido, hay que recordar que en un primer momento, la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, constituida, entre otras, por las Sentencias de 31 de Mayo de 1.991; 18 de Junio (EDJ1992/6529), 22 de Julio de 1.992 (EDJ1992/8264) e, incluso, 29 de Junio de 1.995 (EDJ1995/3640), se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmente, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las Sentencias de 23 de Julio de 1.993 (EDJ1993/7582), 20 de Julio de 1.994 (EDJ1994/6134), 12 de Julio (EDJ1996/5764) y 23 de Septiembre de 1.996 (EDJ1996/6986), viniéndose a decir en las dos últimas reseñadas que:

«En aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida,

aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la directiva de la C.E.E., núm. 93/13 de fecha 5 de Abril de 1.993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios.

En el artículo 3º de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»

Asimismo, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 14 de Septiembre de 1.996 (EDJ1996/6982) se establecía que:

«EL criterio ahora sustentado por la Sala aparece anticipado en la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los consumidores y Usuarios (artículo 10.c.3º)», así como que: "Es llano que no procede modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 del Código Civil y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de Noviembre de 1.976, durante la 262 Reunión de los Delegados de los Ministros de la C.E.E., relativa a las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores, resolución en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que creen instrumentos adecuados jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos».

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

Como antes se ha indicado, esta Ley describe lo que se entiende por condiciones generales en su primer artículo, así, afirma que son condiciones generales las cláusulas cuya incorporación al contrato es predispuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad contratos. Junto a esta

definición, el artículo 1 introduce una serie de características:

1. Estas condiciones lo serán siempre con independencia de su autoría material, se cierra así una vieja polémica acerca de la exigencia de que la cláusula fuera obra del predisponente o la hubiera copiado de otra empresa.
2. Han de ser cláusulas impuestas, entendida esta imposición como aquellos casos en que se determina una razonable necesidad de contratar, en función de la naturaleza de los bienes que se pretenden conseguir mediante ese contrato (agua, electricidad, etc.)
3. Por último, el art. 1 excluye del ámbito de protección de la ley aquellas cláusulas que, formando parte del contrato de adhesión, hubieren sido negociadas de forma individual.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, hay que decir que se aplica a aquellos contratos que contengan este tipo de cláusulas y que sean celebrados entre un profesional (predisponente) y otra persona física o jurídica (adherente) que no tiene por qué ser consumidor o usuario. El art. 2 describe qué se entiende por profesional. No obstante, la ley excluye a una serie de contratos, algunos de ellos por causas

razonables, como son todos aquellos que ya tienen su propia regulación. Por último, tampoco se aplica la ley a los tratados internacionales.

En cuanto a los requisitos formales de incorporación de las condiciones generales de la contratación, en respuesta a la necesidad de respeto al principio de transparencia en la materia contractual que la directiva europea consagra, se hace un llamamiento genérico a los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. No obstante, el art. 5.1 concreta estos requisitos cuando dice que las condiciones generales sólo pasarán a formar parte del contrato cuando sean aceptadas por el adherente y firmadas por todos los contratantes. Además el predisponente ha de facilitar al adherente toda la información necesaria acerca de las condiciones generales que habrán de ser aceptadas mediante la firma del documento.

Estos requisitos se establecen para los contratos que deben ser formalizados por escrito. Por el contrario, en aquellos contratos que surgen producto de una "conducta social típica", según el art. 5.2, se seguirá la regulación establecida en las normas específicas de su ámbito (leyes del

comercio minorista), aunque la Ley impone al empresario la obligación de que exponga las condiciones generales en lugar donde se pueda tener acceso.

Pues bien, el incumplimiento de estos requisitos de incorporación determinará, en palabras de la misma ley, la no incorporación de las Condiciones Generales, así, según el art. 7, no serán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) El adherente no haya tenido oportunidad de conocer
- b) No hayan sido firmadas

En definitiva, se producirá esta no incorporación cuando se infrinjan las reglas del art. 5. La no incorporación es una forma específica de ineficacia próxima a la inexistencia, categoría de anulabilidad totalmente independiente, que el Tribunal debe declarar de forma expresa.

Por otro lado, el art. 7.2 entiende que no deben ser incorporadas aquellas cláusulas que incumplan el principio de transparencia, cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Al final, el artículo dice respecto de las

incomprensibles, que las que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente (firmadas) y se ajusten a la normativa específica que disciplina en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, si están ajustadas a las reglas de transparencia, no pueden ser incomprensibles.

Finalmente, según el art. 9, la no incorporación y su declaración judicial podrán ser instadas por el adherente mediante la llamada acción de no incorporación, similar a la de anulabilidad. Mientras que, por su parte, el art. 8 establece la nulidad para las cláusulas que sean abusivas, aquellas que infringen las normas de control de contenido contenidas en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Sea como fuere, las consecuencias de la violación de los requisitos establecidos por la ley son la nulidad o la no incorporación de las cláusulas que sean declaradas como tales, y no de todo el contrato, ante lo cual el Juez deberá realizar una declaración acerca de la eficacia del resto del contrato, acerca de si puede subsistir sin tales cláusulas.

Otra cuestión a destacar es la inclusión en la Ley (art. 6), de determinadas reglas de interpretación aplicables a estos contratos, centradas en tres criterios; a saber;

- I. Regla de la prevalencia (art. 6.1), por la que cuando existe contradicción entre condición general y particular, se entiende que prevalece ésta sobre aquélla. Se establece esta regla por lo usual de establecer pactos particulares que terminan de definir el contenido del contrato, sin naturaleza de condición general.
- II. Interpretación contra proponente (art. 6.2), afirmando que las cláusulas oscuras no pueden ser interpretadas en perjuicio del adherente, principio recogido ya en el art. 1.288 del C.c., con diferente redacción pero igual resultado, y que venía siendo aplicado por la jurisprudencia hace mucho tiempo, antes de que la ley lo recogiera expresamente.
- III. Remisión supletoria (art. 6.3), ya que con carácter subsidiario se aplicarán el resto de criterios generales recogidos en el código en los arts. 1.282 y ss, donde figuran reglas objetivas y subjetivas de interpretación.

Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Se aparta la Ley de la Directiva europea al crear un registro para estos contratos, extremo no considerado por aquella, en función de esto, se crea un registro en cada Comunidad Autónoma, siguiendo el modelo de la ley hipotecaria.

Vías de control abstracto en el sistema español

En cumplimiento de la Directiva europea, el legislador atribuye a una serie de entidades colectivas tres vías de control abstracto de la validez de las condiciones generales, que son incorporadas en la Ley en sus arts. 12 y ss.

El sistema de control abstracto de la Ley de 1.998 viene integrado por tres acciones, las acciones de cesación, retractación y declarativa. La legitimación para su interposición es atribuida exclusivamente a una serie de entidades recogidas en el art. 16 de la propia Ley, y son las siguientes:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
4. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.
6. El Ministerio Fiscal.
7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

Las acciones son las siguientes:

1. Acción de cesación

Se dirige a obtener una sentencia en cuya virtud se condena a la empresa o grupo de empresas a eliminar de sus Condiciones Generales aquellas que sean consideradas por el juez abusivas, comprometiéndose a abstenerse de utilizarlas en el futuro. La Ley da a esta acción otra consecuencia, en la ejecución de la sentencia podrá hacerse efectivo un trámite adicional, una vez declarada la casación se podrá solicitar la devolución de la cantidad que haya sido cobrada en función de la utilización de estas cláusulas.

2. Acción de retractación

Dirigida contra el responsable de un grupo de empresas que puede ser o no el predisponente para que deje de recomendar a sus asociados el empleo de determinadas cláusulas consideradas abusivas.

3. Acción declarativa

Dirigida a la obtención de una sentencia por la que se declare que una determinada cláusula es una condición general. Esta acción se somete a un dictamen de conciliación cuya emisión compete a los registradores del registro de Condiciones

Generales de la Contratación que, llegado el caso, no tiene carácter vinculante y puede ser rechazado mediante la interposición de la acción correspondiente.

El ejercicio de las dos primeras acciones está sometido a un plazo genérico de dos años desde que se firmó la condición. La tercera, por el contrario, nunca prescribe.

Pero la tarea legislativa no ha terminado con estas leyes, sino que con posterioridad, se ha aprobado la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuya disposición final quinta contenía la previsión de que el Gobierno, en el plazo 12 meses, procediese a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. En ejercicio de dicha previsión, se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de

la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2.2. EL OBJETO DEL CONTRATO

En la gestión de servicios médicos el hacer de la gestora constituye el interés del cliente, y el pago del precio por éste el interés de aquélla.

Para JOSÉ LUÍS DE LOS MOZOS¹⁰⁰

«...El objeto del negocio no es más que la realización jurídica del interés práctico o intento práctico de las partes»

También, el art. 1.261 del C.c., al expresar

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

... 2º Objeto cierto que sea materia del contrato»

¹⁰⁰ JOSÉ LUÍS DE LOS MOZOS, *“El objeto del negocio jurídico”, «R.D.P.»*, Madrid, 1.960, p. 372.

convierte al objeto en requisito esencial para la validez de aquél. Sin embargo, el concepto de objeto no es pacífico en cuanto a las opiniones que despierta entre los doctrinarios del Derecho civil, sobre todo, si se considera poco afortunada la identificación que hace nuestro cuerpo legal con la obligación.

No obstante, en la actualidad, los autores han zanjado claramente la polémica, como CARLOS LASARTE ÁLVAREZ¹⁰¹ estableciendo

«... Hoy día, resulta generalmente aceptado que, en sí mismos considerados, las cosas y los servicios no representan el objeto de la obligación, sino el contenido o el objeto de la actividad o del comportamiento prometido por el deudor. Con pretensiones puramente nemotécnicas, puede afirmarse entonces que las cosas y los servicios constituyen el objeto inmediato de la prestación y, por tanto, el objeto mediato de la obligación»

MANUEL ALBALADEJO¹⁰² entiende que

¹⁰¹ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios ... Ob. cit."*, Tomo II, Derecho de obligaciones, p. 71.

¹⁰² MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob. cit. II"*, Derecho de obligaciones, volumen 1, La obligación y el contrato en general, p. 18.

«... La prestación es el contenido u objeto (en este punto la terminología es insegura) de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado»

Consiguientemente, el comportamiento prometido es lo que demanda el cliente de la gestora, y ésta, el recíproco de aquél completando así el intercambio propio del contrato que pretenden.

El hacer que la gestora emprende al contratar, busca ineludiblemente satisfacer a la contraparte, igual que el pago colma el deber del cliente y sacia el interés económico de aquélla, aquí, la prestación convoca todos los medios que, esforzada y diligentemente, supongan albergar la posibilidad real de obtener el resultado querido en el contrato.

2.2.1. LA ACTIVIDAD ARRENDADA Y EL GRADO DE SATISFACCIÓN DEL CLIENTE

La actividad arrendada implica el compromiso de la gestora de complacer al cliente. Sin embargo, desde el punto de vista de la mera especulación, el grado de satisfacción de

éste podría ser analizado desde la doble perspectiva que a continuación propongo:

a) Satisfacción inmediata:

En ésta, la situación de conformidad del cliente supone el haber llevado a cabo la contratación deseada, para en su opinión, asegurarse la cobertura sanitaria lógica e impuesta, si se quiere, por el nivel de necesidad social emergente en nuestra sociedad.

El arrendatario-cliente no tiene el deber de conocer jurídicamente la clase de obligación que el arrendador-gestora ha insertado en el contrato de gestión de servicios médicos. Simplemente, cree saber que solo a cambio de un precio, la oferta contenida en aquél desprenderá como objeto del mismo y en su favor, la atención sanitaria contratada.

Desde luego que, planteada así la cuestión, el art. 1.258 del C.c. cuando dice

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a

todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»

habría que ponerlo en relación con el art. 6, apartado primero del mencionado cuerpo legal, al decir:

«La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen»

Y éste, a su vez, con el art. 1.266, también del C.c., que en su párrafo primero expone:

«Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo».

Me explicaré:

El arrendatario-cliente (salvo consulta retribuida a un letrado) está ajeno en general al mundo del Derecho, y más concretamente al significado que en Derecho civil se atribuye a una obligación de hacer. Por tanto, al consentir en el contrato, siendo éste ley entre las partes que lo celebran,

está aceptando el clausulado del mismo, y esto implica cumplir con lo que se ha obligado. Con independencia de este 1.258 del C.c, asume perfectamente que sin el pago, el arrendador-gestora no le prestará los servicios médicos, luego, aquí también, el art. 6.1 de nuestra Ley civil pudiera tener cabida.

Sin embargo, a mi juicio, la problemática se presenta con la inclusión del art. 1.266 del C.c. pues, supongo que al estar ciertamente confuso cual es con exactitud el objeto del contrato a efectos de posibilidad de cumplimiento, la certeza de éste no se incardina en la literalidad del art. 1.272 C.c. al decir

«No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles»,

ya que, posible es, indudablemente, que la gestora haga realidad lo asumido, pero no seguro si se tratara de una obligación de diligencia.

Puestas así las cosas, el arrendatario-cliente, una vez estampada su firma en el contrato, no pone, ni por lo más remoto, en duda la veracidad de la contraprestación abonada; es más, para él, es indiscutible que ésta se hará patente a

su necesidad-voluntad, pues, no tiene conocimiento de la existencia clasificatoria que divide el hacer en obligaciones de medios y de resultado. Seguramente, si con posterioridad se declarara un conflicto contractual, el cliente acudiría a un abogado, y sería entonces cuando llegara a comprender el verdadero alcance de su exigencia respecto a la gestora.

Tal vez, lo que estén cobrando y pagando las partes de este contrato no coincida, al menos desde el punto de vista práctico, que es por ejemplo lo que más importa al arrendatario-cliente.

El art. 1.265 C.c. enseña que:

«Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

Esto no quiere decir que, de entrada, se produzca una apreciación falsa de la realidad de tal magnitud que haga necesario el concurso del art. 1.266 en su párrafo primero¹⁰³ como defensa para el cliente en cuanto a una posible pugna respecto a la fijación de cuál es el hacer debido que

¹⁰³ El art. 1.266, en su párrafo primero dispone: *«Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo».*

corresponde al arrendador-gestora. Simplemente, planteo el supuesto de la no coincidencia entre lo que verdaderamente se contrata y lo que se cree contratar.

La mentalidad de dar por supuesta la atención médica mueve al cliente antes, durante y después de celebrado el contrato. No existe duda alguna, objetivamente, sobre la seriedad del arrendamiento y, en verdad, no tiene por qué haberla, más lo decisivo a contemplar aquí es el nivel de agrado con que se recepciona el hacer desarrollado por la gestora. Si éste colma o no la creencia-solución que subjetivamente adoptó como crédito el arrendatario-cliente en el acuerdo de voluntades.

La obligación de medios correspondiente al arrendamiento de servicios hipotéticamente aplicable al contrato que me ocupa, establece un comportamiento diligente del deudor que, en virtud de su mediatez, produciría el resultado último deseado por el acreedor. Es decir, los servicios médicos, en puridad, no se harían efectivos automáticamente en beneficio del interesado. En otras palabras, la puesta a disposición del listado con los facultativos y centros hospitalarios que la gestora hace al cliente no supone la finalización querida por éste; solo es actividad, que es lo contratado.

También conviene tener presente la personación del arrendatario-cliente (necesaria o voluntaria) ante el médico. Aquí, sigue existiendo obligación de medios puesto que, tanto el reconocimiento como la prescripción facultativa se corresponden con la actuación propia del profesional de la medicina que, en modo alguno, puede asegurar la sanación del enfermo, pero sí el tratamiento o las recomendaciones más adecuadas para procurarla. La misma visita a la consulta puede plantear la oportunidad del recibimiento, la negativa del médico a atender al cliente por no seguir su tratamiento o indicaciones. En este caso, no cabe duda que, a efectos de responsabilidad, nada le sería imputable, siempre que el paciente reuniera la edad y el juicio suficiente. Otra cosa es, que deontológicamente, estime conveniente atenderlo con independencia de la circunstancia concurrente.

Cuestión importante para relacionar la obligación de actividad con su verdadero protagonista, es la que se puede producir como consecuencia de la reclamación a la gestora formulada por el cliente sobre el presunto incumplimiento, que a su entender tendría lugar debido a la insatisfacción que habría generado el proceder del facultativo, o también, la arbitrariedad de éste en recibirle a su voluntad. Para estas dos situaciones, conviene recordar que gestora y cliente pudieran estar ligados por un contrato de

arrendamiento de servicios en virtud del cual, la relación obligatoria es recíproca como producto de su bilateralidad. Esto que, a primera impresión parece evidente, conlleva, a mi modo de ver, a quién debe dirigir el malestar la parte arrendataria en su búsqueda de responsables.

El compromiso de prestar los servicios médicos lo adquiere la persona jurídica-gestora mediante contrato, aunque se sirva de los facultativos y demás personal sanitario para cumplirlo. Por tanto, ésta es la receptora de las presuntas reclamaciones de responsabilidad, si bien es cierto, que en caso de salir triunfante el arrendatario, la sociedad, a través de sus directivos, puede ir contra los culpables. También existe la vía extracontractual, e incluso la posibilidad de que todos respondan si así se accionó, lo que viene a demostrar una importante sensibilidad jurídica en cuanto a la defensa de los intereses del cliente.

b) Satisfacción mediata:

La obligación de hacer en el contrato de gestión de servicios médicos admite, a mi parecer, al menos este segundo enfoque especulativo. Se trata de comprobar, en la medida de

lo que me es posible, si la actividad desplegada por la gestora se corresponde con una u otra perspectiva.

En lo que ahora interesa, es de gran ayuda la matización realizada por LUÍS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN¹⁰⁴ al indicar:

«... En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el resultado útil de aquélla actividad. Los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo (preparación para un examen, conducción de proceso, etc. ni el preparador ni el abogado tiene poder directo sobre el resultado satisfactorio)».

Estos autores, desde mi punto de vista, presentan una síntesis decisiva al mencionar “resultado útil” y “presunción favorable” como pilares básicos donde descansa el criterio que diferencia el arrendamiento de obra del arrendamiento de servicios, viendo la necesidad de comentarlo.

¹⁰⁴ LUÍS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Ob. cit.* volumen II, Contratos en especial, p. 449

b.1) Resultado útil:

La actividad desplegada por el arrendador-gestora busca su propia utilidad en forma de resultado-cumplimiento que, es a lo que se obligaría en el contrato de gestión de servicios médicos tomándolo como arrendamiento de obra. Sin embargo, esa utilidad pudiera plantear la oportunidad de algunas precisiones. Así, en mi opinión, no es lo mismo actividad útil que resultado útil. En apariencia, toda actividad útil debería conducir necesariamente a un resultado útil; esto sería lo lógico, pero cabe aquí preguntarse ¿Puede existir una actividad inútil contratada que, naturalmente, produzca un resultado inútil? O dicho en otras palabras, una actividad útil que deviene en inútil al no conseguirse el resultado.

Se supone que, al convertirse el potencial cliente en arrendatario de los servicios médicos en virtud del contrato de gestión, está en el pleno convencimiento de que los medios puestos en marcha por el arrendador son los correctos. ¿Esto significa que, objetivamente, lo sean?

La posibilidad evidente de la inadecuación en lo desplegado por la gestora hace creíble, a efectos prácticos, la conducta poco cuidadosa del deudor y por tanto, la

carencia de un resultado productivo para el acreedor. También, puede suceder, que de los medios arrendados no disponga la gestora en su totalidad, generándose entonces, una sensible disminución en la efectividad de los mismos que, conduciría irremediablemente, a la insatisfacción del cliente.

De extraordinaria relevancia es, a mi parecer, la consideración siguiente: La extracción del resultado útil parece ser lo único importante de la actividad desarrollada para el deudor. ¿Quiere decirse, por ejemplo, que en el arrendamiento de servicios al no formar parte el resultado de la obligación, se pudiera estar contratando una prestación inútil, dada la incertidumbre en cuanto a la consecución de lo buscado por el acreedor?

El comportamiento en que consiste el objeto de la obligación se concreta en la diligencia simplemente, nada más le es exigible al deudor, mas ... ¿Es la debida, la real, la necesaria para producir satisfacción en el acreedor? Entonces... en esta gestión comprendida como arrendamiento de servicios ¿Para qué desplegar una actividad útil si puede servir con una inútil, con tal de conseguir el resultado?

Concretamente, el art. 1.104 C.c. afirma:

«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Naturalmente que en la atención médica, el facultativo deberá aplicar, además de los medios técnicos más actuales que estén a su alcance, aquellos conocimientos científicos acordes con los últimos descubrimientos en la rama de la medicina cuya titulación ejerce y ostenta. Sin embargo, en el contrato de gestión de servicios médicos, el arrendatario-acreedor ha contratado directamente con el arrendador-deudor de tales servicios, por tanto, si al médico en verdad, no le es exigible la diligencia que correspondería a un buen padre de familia ¿Cual es la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar? ¿Está especificada por la gestora en su contrato?

La obligación de hacer asumida, consiste en la realización de una actividad, a mi entender, útil, por eso,

en la llamada también, de medios juega un papel determinante la sinceridad con que el arrendador haga, ya que, al no pertenecer el resultado al contrato, el arrendatario queda sumido en la incógnita de averiguar si los que se pusieron a su disposición eran idóneos o no; en otras palabras, deberá probar que la gestora pudo haber incurrido en negligencia.

b.2) Presunción favorable:

En la obligación de hacer que practica la gestora, la distinción entre medios y resultado es muy importante a los efectos de averiguar cual es realmente el compromiso adquirido y, por tanto, hasta donde alcanzaría el nivel de satisfacción al que indudablemente, tiene derecho el cliente.

LUÍS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN¹⁰⁵ convienen en que:

«... Los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo (preparación para un examen, conducción de proceso, etc.; ni el preparador ni el abogado tienen poder directo sobre el resultado satisfactorio)».

Este razonamiento, además de contundente, predica la posibilidad de establecer un criterio válido, claro y fiable en cuanto a la diferencia en esta clase de obligaciones. En una interpretación entendida a sensu contrario y aplicada a la labor de la gestora, cabría preguntarse si ésta, asume tanto la actividad como el resultado en el contrato de gestión de servicios médicos.

Siguiendo a estos autores, el planteamiento se conformaría así:

¿El arrendador se compromete solamente a emprender todos los movimientos que estime oportunos acompañados de la diligencia debida por su profesión, sin atender a ninguna otra solicitud, o en el deber contraído se incluye quiera o no, la materialización si está en su mano?

Precisamente, el gancho o reclamo publicitario que para el potencial cliente supone la oferta, se fundamenta en la credibilidad y consistencia de ésta. Parece natural, que su receptor, de por segura la existencia de los servicios médicos a contratar, incluso, aunque se considere una apreciación poco jurídica. La composición mental que ha

¹⁰⁵ LUÍS DíEZ-PICAZO, y ANTONIO GULLÓN, *Ob. cit.* p. 449.

llevado a cabo, no contempla la posibilidad de que el hacer de la gestora tenga en Derecho civil una traducción doble. Todo esto, pone de relieve que muchas veces, en la relación obligatoria, desde un primer momento, la coincidencia entre lo contratado y lo que se creía contratar es inexistente.

La actuación de la gestora, permite observar el sentido de su interés, ¿Es viable suponerle capacidad suficiente para obtener el resultado satisfactorio?

Una cosa es la capacidad, y otra el contenido del compromiso contraído con el cliente. Ciertamente, puede darse todo el poder directo sobre el resultado pero también hace falta saber si el mismo quedó arrendado en virtud del contrato. En otras palabras, el hacer plasmado en la obligación tiene independencia jurídica con respecto a un querer hacer presuntamente interesado.

De suyo, la actividad desplegada obligatoriamente como cumplimiento ante el cliente, posibilitaría, a mi entender, la hipótesis razonable de considerar, diga lo que diga el contrato de gestión de servicios médicos, que en la mano de la gestora estaría el resultado concordante con la oferta lanzada al público; es decir, la atención médica. Siguiendo la presente argumentación, de poco valdría una actuación

contractual no respetuosa con los intereses que hicieron factible la captación del arrendatario, y por tanto, el convenio, salvo que lo buscado por la gestora colocase a ésta en una dimensión diferente a la deseada.

Para JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO¹⁰⁶:

«... No es preciso que el trabajo necesario para la obtención del resultado lo realice personalmente el empresario o contratista, a no ser que el contrato se hubiere concertado tomando en consideración la singularidad del autor (intuitu personae)».

Aunque esta puntualización se refiere al contrato de obra, también en el arrendamiento de servicios el mismo autor considera¹⁰⁷:

«... A no ser que se haya pactado otra cosa, el servicio se ha de prestar personalmente, pues se presume que el contrato se ha celebrado intuitu personae y de conformidad con las reglas y usos profesionales (art. 1.258 y 1.287 C.c.). Por consiguiente, no es posible la

¹⁰⁶ JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, *"Derecho de obligaciones"*, volumen III, Contratos en particular, Editorial Tecnos, Madrid, 1.995, p. 181.

¹⁰⁷ JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, *Ob. cit.*, p. 179.

sustitución en la prestación del servicio, pero sí podrá el arrendador valerse de auxiliares y colaboradores».

La libertad de pactos queda consagrada en los dos arrendamientos aunque lo interesante consiste en la posibilidad de imputar el poder directo sobre el resultado satisfactorio a la gestora.

Evidentemente, denominar gestión de servicios médicos a la actividad desplegada, infunde la sensación de estar en presencia de un arrendamiento de servicios. La razón estriba en identificar trabajo con este contrato, atendiendo sin más, a la percepción que sobre el mismo se tiene, como si solamente en trabajo consistiera el compromiso adquirido de procurar al cliente atención sanitaria. No en vano, la simplificación puede obedecer a una idea confusa, en cuanto que por objeto del negocio no se comprenda la misma realidad.

La gestora, debe conocer a la perfección hasta donde abarca su conducta, desarrollando aquello a lo que queda obligada sin vacilaciones, demostrando que es, sin duda, la dirección cierta y poderosa capaz de procurar lo que se espera de ella. No obstante, la razón aplicable pudiera ser la imposibilidad de independizarse respecto a la satisfacción

prometida al cliente, debido a que su puro objeto descansa en la integridad de lo ofrecido: Poder y querer.

c) La actividad por la actividad, objeto simple:

La medida de la actividad necesaria para lograr, no lo hecho, que se equipararía al resultado, sino la intensidad susceptible de ser considerada por el acreedor suficiente para colmar su interés, despierta la incertidumbre sobre el sentido práctico de una obligación de medios en el contrato de gestión de servicios médicos. Indudablemente, el nombre marca el arrendamiento, sin embargo, observado éste con detalle, alerta en cuanto a la operatividad idónea del hacer en el que se valora solamente el trabajo. Digo esto, porque la cuestión fundamental propone satisfacción plena, y no un simple intento de dar satisfacción, aunque por ésta se entienda solo el actuar remunerado de la gestora.

Es palmario que la retribución del cliente compromete a la otra parte a cumplir haciendo, pero también lo es, a mi juicio, que la necesidad de atención sanitaria quede objetivamente cubierta mediante su inserción en el contrato como resultado en vez de actividad para conseguirlo,

importando solo ésta al efecto de llenar lo imprescindible, que no lo necesario.

La relación de igualdad en la que deben moverse las partes contratantes sería la base o punto de partida sobre el que especular nuevamente, por si en el objeto del arrendamiento cupiera la finalización, y el trabajo solamente expresara un medio incapaz de ser confundido con la seguridad querida por el cliente. La actividad por la actividad indica también, el comienzo de ésta desde el mismo instante en que la gestora asume la condición de obligado al cumplimiento, desatando el hacer sin más finalidad que su primacía, pues la consecuencia lógica de éste, presumo, escapa a la propia naturaleza del contenido obligatorio produciendo que el objeto quede simplificado, al menos en lo que de sí mismo pueda aportar a la conveniente proporción entre algo concreto, como es la recepción del pago, y algo que, aunque lo sea, ni tan siquiera importa su consecución, o el modo en que ha sido perseguido, bastando la diligencia debida puesta en el desempeño de la labor.

Para este contrato, el trabajo constituye el servicio, y éste figuradamente, pudiera llamarse resultado abstracto, porque el trabajo por el trabajo sería casi una contratación inerte para el cliente, dado que frustraría la mayor parte de

sus expectativas en cuanto a recibir con la mayor seguridad posible, atención sanitaria.

No es solo que la gestora asuma una obligación de garantía añadida a la propia del arrendamiento de servicios, en virtud de la cual solamente valdría en el contrato la plasmación de la actividad en resultado, es que, a mi modo de ver, solo éste puede dar vida al mismo, pues, separándolo del hacer, prácticamente, nada favorece al deudor en su condición de tal.

d) El resultado de la actividad, objeto pleno.

Pensemos que el resultado forma parte de la obligación de hacer, y que por tanto, supone, al menos teóricamente, el compromiso contractual debido. Sin embargo, la actividad desde el punto de vista de un contrato de servicios puede perfectamente, no ya consolidarse, sino constituirse en su único objeto excluyendo de éste toda consecuencia lógica que pudiera afectar a un mayor nivel de exigencia por parte del cliente.

Así las cosas, la coherencia en el actuar de la gestora es imprescindible siempre que el desarrollo de los medios

empleados suponga su idoneidad y correcta respuesta a lo que se espera de ellos. La soltura en el desempeño de la actividad indica muy a las claras que no debe tratarse de un hacer encorsetado o puramente voluntarista. La conducta del deudor ha de ser impecable a todos los efectos, pues no se puede olvidar que sólo es trabajo lo que adeuda, y éste tiene que estar bien hecho.

Abundando aún más en este hilo argumental, la presencia del hacer y el deber hacer podrían suscitar un añadido de complejidad a la cuestión de si la tarea correctamente realizada conviene y convence como objeto de este contrato. Si se parte de que el "labora" es la fuerza conducente al resultado, pero que en el arrendamiento de servicios éste queda fuera de la obligación, presumiblemente, ventaja sea lo que la gestora tenga en el momento de saldar lo debido, pues el hacer sin concreción final, aún tomado con el mayor interés, reflejaría una sensible desproporción en cuanto a lo que se hace y lo recibido: el pago.

La plenitud en el cumplimiento de una obligación de medios en este contrato de gestión de servicios médicos, tal vez insinúe menor rigurosidad respecto al hacer, ya que éste no debe producirse completo, por tanto, el deber hacer operaría en la esfera imaginaria del resultado atención

médica, para nada considerado objeto y sí consecuencia lógica, probable e innecesaria.

Tampoco, la solución ideal pretende desmerecer o vaciar la actividad hasta el punto de presentarla como ineficaz y alógica. Es que, el deber hacer al no deberse al hacer, hace menos convincente la realidad merecida por el cliente, imponiendo la negación práctica del desenlace donde, precisamente, más se espera, incluso puede que el entendimiento entre las partes contratantes quiebre ante creencias rivales sobre el cumplir de la gestora. La equiparación hacer = medios, deber hacer = resultado, surge del ámbito especulativo con el propósito de explicar una hipótesis básica pero razonada en cuanto a si la obligación de actividad es suficiente para afrontar con éxito la gestión de servicios médicos. Fundamentalmente y con independencia de cual sea en derecho el hacer que de verdad alberga el contrato, la búsqueda del hacer óptimo encajaría, una vez encontrado, como aportación ideal que, lejos de polemizar, presenta otra alternativa, cuando menos generosa, cuya vida consiste en salvaguardar la satisfacción del cliente sobre la base de una reciprocidad igualitaria.

El posicionamiento del hacer = medios en la relación obligatoria constriñe la misma, no dejando resquicio a que el

deber hacer = resultado tenga cabida en favor del arrendatario, produciéndose entonces una situación en la que el cumplimiento del arrendador adquiere libertad de compromiso, pues no es lo mismo arrendar trabajo que el resultado de ese trabajo, es decir: el hacer óptimo para el consumidor.

La identificación entre deber hacer = resultado y hacer óptimo evidentemente que opera en interés del cliente, pero también es bueno para la propia naturaleza del contrato un hacer con terminación que exprese el equilibrio de oferta y demanda, culminando armónicamente lo pactado, sin dar lugar a posteriores discrepancias sobre cual era en verdad, su auténtica dimensión. Se comprende que el deber hacer cierre la obligación de la gestora, no como deseo o esperanza de quien ha pagado por algo más que buena voluntad, y tampoco ese deber admite confusión con el empleo de los conocimientos medios y demás activos exigibles en un cumplimiento diligente, ya que esto, se supone común a servicios y obra, aunque la valoración del objeto sea diferente.

LUÍS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN¹⁰⁸ afirman, en cuanto al objeto que

¹⁰⁸ LUÍS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 449.

«... Lo constituye la prestación de un servicio. En la práctica, en cambio, resultará en ocasiones dudoso si un determinado contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios. La razón deriva de que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio persigue un resultado, luego es preciso encontrar un adecuado criterio de calificación».

En el contrato de gestión de servicios médicos, son dos las partes, que en un primer momento entran en relación: De una, la GESTORA, que oferta los mismos, y de otra el CLIENTE que los acepta. La cuestión primordial en cuanto a lo que más nos ocupa es determinar con precisión ¿Qué se entiende por SERVICIO prestado por aquella, en qué consiste, y si guarda conexión con el concepto tradicional y hasta ahora conocido de éste?

La doctrina, mayoritariamente, se decanta por traducir servicio como actividad, como trabajo encaminado a la producción de un resultado. Sin embargo, no está de más indagar acerca de la realidad, en cuanto a si la prestación ofrecida por la gestora encaja perfectamente en el concepto clásico de realizar para conseguir, cumpliendo así, la propia obligación

contraída presentando ante el acreedor el resultado obtenido y que a su vez éste se sienta complacido.

Así, por actividad se entiende el "conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad"¹⁰⁹, esto es pues, lo que toca hacer a la gestora observada su obligación como de medios, con respecto a la satisfacción del cliente. Sin embargo, la actividad puramente considerada, implica algo aún no conseguido, el desarrollo de una tarea que comienza en el preciso instante en que aquél se adhiere al clausulado que conforma la oferta de ésta. Por tanto, el emprendimiento de dicha tarea conlleva el llevarla a cabo a partir del mismo acto de la celebración del contrato, lo que quiere decir que hasta entonces nada había hecho la gestora y que lo ofertado carecía de contenido, pues la excitación de la gestora se producía de conformidad con el tiempo de la contratación, ¿qué ofertaba entonces ésta?

La propia obligación de medios contemplada así expresa un intento realizable para con cada uno de los potenciales clientes que pudiera tener esta entidad, desarrollado en el orden en que éstos hubiesen contratado y solo a partir de la firma del contrato, es decir, pagar para que la gestora

¹⁰⁹ Voz: Actividad. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", vigésima segunda edición.

empiece a trabajar es tanto como que ésta en la oferta que lanzó al público asegurando atención médica como resultado conseguido, ni tan siquiera la actividad existía, ya que ésta rigurosamente se pone en marcha una vez que el cliente cumple con su obligación de pagar por algo inexistente hasta entonces.

La promesa de emprender la actividad encaminada a la obtención del resultado atención médica, a partir de la contratación con el cliente, no contiene en sí misma entidad suficiente para constituir el objeto del contrato, que no es otro que el mismo que constituye la propia oferta de la gestora. La prestación atención médica, se anuncia por parte de ésta no para ser realizada, sino como realización completa que ya se ha efectuado, y que precisamente por eso puede ofertarse al cliente potencial. La actividad, desde que se contrata, deja sin contenido la oferta hecha y que había servido de reclamo publicitario para la captación del público, porque si aquella tiene lugar nada más producirse el intercambio de prestaciones, hay una de ellas que no era real, ya que su arranque se produce después de dar por cierta una atención médica conseguida que configuraba el cartel anunciador de la gestora.

La atención médica si se interpreta como actividad realizándose desde el consentimiento contractual, nada tiene que ver con la atención médica como actividad por realizar propia de la oferta hecha al público. La primera exige de la gestora la puesta a disposición del cliente de todos los medios necesarios ofertados (médicos, personal auxiliar, clínicas, hospitales,...) para que éste pueda ser atendido en todo aquel caso que sea contemplado en el correspondiente contrato de adhesión pasado a su firma. Esos medios, si la obligación de la gestora es de actividad, entrarían en funcionamiento únicamente en el supuesto de que la contratación entre ambas partes sea efectiva (medios por pago), no antes. La procura de éstos, se supondría individualizada para cada cliente, es decir, a medida que van contratando, la gestora iría intentando, previa optimización de los mismos lograr el resultado apetecido por la contraparte y que no es otro que la atención médica. El listado de esos medios conseguidos, siendo la obligación de la gestora de actividad, comprenderían el objeto del contrato ya que no se garantizaría al cliente que una vez le sea entregado aquél, éstos fuesen su atención médica (supuesto del contratante no atendido por el facultativo incluido en la relación).

Sin embargo, pudiera tratarse también de una obligación de ACTIVIDAD COMPUESTA, que a su vez se descompone como sigue:

a) La gestora emprende la actividad tendente a la obtención de los medios necesarios y los consigue.

b) Esos medios se ofrecen al cliente.

c) Esos medios se ponen en funcionamiento intentando conseguir el resultado comprometido.

2.2.2. ANÁLISIS DE LA DESCOMPOSICIÓN DE LA OBLIGACION DE ACTIVIDAD COMPUESTA

a) La GESTORA emprende la ACTIVIDAD tendente a la obtención de los medios necesarios y los consigue:

Cuando la gestora lanza su oferta a los potenciales clientes, considerando su obligación como de medios, lo más que puede haber iniciado es la actividad tendente a la procura de los medios necesarios para conseguir aquellos otros medios que se encargarían de intentar lograr el resultado atención médica a que se obligaría a partir del momento de la firma del

correspondiente contrato de adhesión por el ya, desde entonces cliente.

Los medios que interesan, los que deben procurar el contenido de la oferta, todavía no han sido localizados, puesto que aún no son necesarios para desarrollar el cumplimiento de una obligación no nacida.

Medios para conseguir medios, esto es lo que pretende la gestora antes de que se establezca la relación contractual. Medios preliminares que entrarían dentro de la actividad propia de una persona jurídica cuya finalidad es la percepción de dinero a cambio de la prestación de servicios.

La tarea comenzada por la gestora indica con claridad el interés que ésta tiene en hacerse con aquellos medios necesarios y tendentes a la obtención de otros, que son los que verdaderamente importan a efectos, no solo de satisfacer el interés del futuro cliente, sino también, porque constituyen la base de su propia supervivencia como empresa. Por tanto, lo que aquí analizo, se refiere al empleo de los medios propios de la gestora como entidad dedicada a la procura de servicios médicos, de atención médica que ofrecer a los potenciales contratantes necesitados de los mismos.

Con esta situación, es preciso distinguir entre medios desplegados por la gestora (suyos propios), que conforman la tarea imprescindible para acceder a la obtención de tales servicios y el despliegue de los medios (una vez celebrado el contrato) encargados de alcanzar el resultado atención médica con que cumplir lo convenido.

Son pues, dos los sentidos, que adopta la actividad de la gestora:

1. El primero se refiere a los movimientos de carácter primario llevados a cabo por ésta, que de suyo constituyen la esencia de su ACTIVIDAD.
2. El segundo, a aquellos otros propiamente dedicados al ofrecimiento e intento de consecución del RESULTADO.

En cuanto al primero, el impulso llevado a cabo por la gestora es el medio sin el cual carecería de existencia como persona jurídica, es su propia razón de ser, pero no el motivo esencial de su comportamiento, éste, supone el beneficio lógico de cualquier actividad vendida y presuntamente desempeñada a partir del instante de la celebración del contrato de gestión de servicios médicos.

El primer sentido de la actividad comporta pues, el despliegue de toda su iniciativa para obtener esos servicios que posteriormente ofrecerá como realizables a cada contratante en el bien entendido que, si es de actividad la obligación analizada a nada final se compromete la gestora, tanto en la oferta como en el desarrollo inmediato del segundo sentido de la misma. Es decir, la actividad, se configura como una finalidad en sí misma considerada y a poco más obliga, que no sea su conceptualización como presente y futuro. Aquél entendido por el primer sentido, éste en el segundo.

b) Esos medios se ofrecen al cliente:

Aquí, la incógnita capital consiste en averiguar si los medios obtenidos por la gestora con posterioridad al despliegue de los suyos propios, configuran la oferta general que se hace a todo el público o se conciben como oferta particular que a su vez, se reserva a cada cliente para el momento de contratar.

Si la gestora emprende la tarea de hacerse con los medios que le son imprescindibles para poder llevar a cabo su labor, antes de hacer pública la oferta, estaremos ante una actividad desarrollada, que constituye en sí lo adecuado a su entidad, y

si además consigue culminarla con la obtención de los medios (servicios médicos), entonces, al ofertar éstos sería cierto, pues, que en ese resultado consistiría el objeto de aquélla.

No obstante, la actividad primaria de la gestora puede calibrarse también como un resultado no hermético pero sí condicionado, me explico: actividad por actividad, intentar por intentar, no procura realidad de vida a la persona jurídica gestora, ya que, si su propia existencia depende de la oferta servicios médicos, ésta está configurada como resultado unido inseparablemente a la actividad primaria.

Si se considera a los medios primarios como objeto de la oferta, en realidad, nada tangible ha conseguido la gestora para poder atender a los potenciales clientes que guiados de aquélla creen contratar servicios médicos de presente, cuando estos todavía no se han obtenido. Por tanto, medios primarios y resultado (servicios médicos) conformarían la simbiosis ideal posibilitadora de la futura contratación. cierto es también, que el logro de los servicios médicos puede depender además de la seria actividad primaria de la gestora, de otros factores no controlados por ésta, y que estarían en función de su mayor o menor credibilidad o influencia en el sector, prestigio, saturación del mercado, etc.. Así pues, actividad primaria y resultado (servicios médicos), se presentan

indisolublemente unidos, configurando el ser de la persona jurídica gestora.

En el análisis de la obligación de la gestora como de medios, se plantea la cuestión de si éstos, una vez desplegados los primarios por aquélla, sirven para considerarlos oferta general, puesto que ya han sido obtenidos y deben ponerse a disposición de los posibles contratantes. Tales medios (listado de centros hospitalarios y de facultativos) son el reclamo publicitario de la gestora, por lo que es necesario averiguar su conformidad con la realidad de la demanda, en el sentido de comprobar, si lo deseado y por tanto, lo que quiere contratar el potencial cliente concuerda con lo que pudiera ofrecérsele.

c) Esos medios se ponen en funcionamiento intentando conseguir el resultado comprometido:

La consideración de resultado primero, a la obtención de los servicios médicos derivados de la actividad primaria de la gestora, configurados como oferta general dirigida a todo el público, plantea a simple apariencia la consecución de un doble resultado, al que tiende necesariamente la gestora si quiere cumplir mediante medios como punto final.

El despliegue y desarrollo de la actividad no se puede mantener y prolongar indefinidamente, ésta debe alcanzar un fin, de lo contrario carecería la misma de contenido. Actividad por actividad, contemplada como significado equivaldría a actividad-resultado, o lo que es más completo objeto = prestación = actividad = actividad-resultado. Asumir esto, comprende para la parte que ya ha cumplido pagando, haber contratado la nada. Por tanto, la actividad debe procurar un fin que no sea un corredor de fondo sin meta.

En cuanto al segundo resultado, éste, se plantearía como oferta particular hecha a cada uno de los contratantes a partir del momento en que se produce la atención médica, es decir: su consecución se plasmaría en el instante de la recepción y en su caso, prescripción médica llevada a cabo por el facultativo en favor del acreedor cliente (incluyéndose aquí, los supuestos de chequeo voluntario).

La obligación de actividad, se configura como un intento retribuido para conseguir, sin más pretensión u obligatoriedad. Parecería pues, que en este contrato de gestión de servicios médicos, la propia gestión condensa el hacer-actividad igual a prestación óptima reconocida y

abonada por el acreedor cliente, que conforme, da por buena la obligación que constituye este arrendamiento.

La actividad encarna el servicio médico, no existe pues certidumbre, si por ésta se entiende atención médica. El arrendamiento de servicios conlleva hacer, sólo hacer-hacia, aquí se rompe la relación actividad-resultado y no actividad como resultado.

La solidez de la obligación en el contrato se resquebraja sobremanera para el oferente, resultando dramática para el aceptante. Sus consecuencias, llevarían inexorablemente a hacer comprender al cliente que no tiene en realidad nada más que actividad. ¿Técnicamente, hasta cuando?

2.2.3. LA HIPÓTESIS DEL ITER DE LA ACTIVIDAD

La línea de actividad imputable a la gestora, considerada su obligación como de medios, pudiera entenderse estable y continua, sufrir interrupciones, o nacer de nuevo cada vez que se necesita.

a) Actividad estable y actividad continua

El despliegue efectuado por la gestora de los medios necesarios para hacer frente al compromiso adquirido con el cliente define la posibilidad de que éstos impliquen una actividad que después de nacer permanezca con la misma intensidad hasta alcanzar el objetivo de dar satisfacción a la contraparte.

Esa actividad, sería la misma durante todo el tiempo que dure su desarrollo, establecida en forma constante, y abarcando, todas las actuaciones conducentes a la consecución del resultado atención médica.

Sin embargo, la actividad que en la obligación de medios se entiende como prestación, en el contrato de gestión de servicios médicos es lo que ha pagado el cliente y no la garantía de que la misma produzca algún resultado.

Es por esto, que el arrendamiento de servicios como contrato imputado a la gestora, que oferta y vende al potencial consumidor acapara una actividad única, sin fisuras, comprensiva de todo el hacer, o mejor dicho, de todo lo que debe y tiene que hacer ésta, sin más consideraciones.

Técnicamente, actividad única representaría en la hipótesis que planteo, que la misma se produce de una sola vez desde antes de la oferta hasta la propia atención médica, es decir: no cabría aquí diferenciar etapas o pasos de la actividad, dejando como es natural en esta clase de obligaciones de medios, abierta la incertidumbre de si pudiera interpretarse la mencionada atención como resultado, o simplemente, conformaría también actividad.

La prestación que contrata (tenga conocimientos jurídicos o no) el cliente, consistiría en la actuación obligatoria de la gestora tendente a la consecución de un resultado. Para nada cabría aquí afirmar que éste queda incluido en la prestación. La realización de lo buscado, pertenece al ámbito de la consideración del resultado atención médica como tal, es decir: culminación de la actividad desarrollada por la gestora que no adquirió, ni asumió nunca la realidad de este final, aunque admitirlo era posible.

La segunda interpretación, pretende explicar atención médica como actividad realizándose cada vez que el cliente acude a que se le presten los servicios médicos contratados, permaneciendo ésta durmiente hasta tanto no se produzca la mencionada visita al facultativo.

Objetivamente, aunque dormida, la actividad sería la misma durante todo su recorrido, no variando su concepto la existencia de una enfermedad o voluntariedad causantes de la personación del cliente en la consulta. Esto, resulta lógico en el arrendamiento de servicios, ya que en puridad no caben distinguos en cuanto a la actividad que se practica y su ortodoxia.

No obstante, y desde un punto de vista subjetivo, la actividad podría entenderse paralizada (sin dejar de ser estable) tomando la incertidumbre del día en que el cliente acudirá al médico como lapso de tiempo real que al cumplirse, reanima aquélla, produciendo la satisfacción de éste, al verse atendido por aquél a quien ya pagó.

En definitiva, la actividad estable y continua pudiera encajar, sin duda, en el contrato de gestión de servicios médicos entendido como arrendamiento de servicios que exige a la gestora portar una obligación de actividad.

b) Actividad interrumpida:

Esta situación se presenta cuando en el iter de la actividad que desarrolla la gestora haciendo realidad su obligación de medios sin perder estabilidad ni continuidad, ese hacer se produce por fases o tramos, siguiendo la línea de actividad el mismo pulso y potencia sin perder unidad.

Concebida así la actuación de la gestora, el análisis de lo expuesto poco, en apariencia, pudiera importar al cliente interesado en cubrir su potencial necesidad de atención médica. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el concepto de esta visión de la actividad pudiera plantear algunas cuestiones dignas de mención. Si consideramos la actividad desarrollada por la gestora con anterioridad al lanzamiento de la oferta al público como la primera fase, la puesta a disposición del cliente de esa actividad mediante la entrega del listado de centros hospitalarios y facultativos como segunda fase, y la atención médica materializada en la consulta que visita forzado por la enfermedad o voluntariamente (chequeo) aquél, como tercera fase, ya tenemos los tramos que conforman una misma actividad, llevada a cabo, sin romper la línea establecida desde el principio.

Pues bien, esta presentación, sin el posterior detalle, simplificaría en exceso el contenido de cada una de las fases, dándoles la apariencia de carecer al menos de significado. Es por esto que, resulta imprescindible pormenorizarlas, tratando de ofrecer así un tratamiento más riguroso.

Primera fase:

En ésta, el planteamiento tiene su origen en la necesidad que tiene la gestora, como persona jurídica, de realizar todos los movimientos que configuren la oferta concebida en sí misma, como pura actividad conformadora del primer tramo del hacer único. La actividad, queda pues incardinada en la constante pretensión de la búsqueda del resultado que el cliente jamás contratará cuando acepte aquélla.

Los medios actuados por la gestora siguen siendo los mismos que mantendrá en la probable atención médica, únicamente el *interruptus* se hace notar en el plano del presente análisis con la duración que determine la llegada del contrato, es decir: la actividad está ahí, latente, en espera de mostrarse a quien la quiera.

Segunda fase:

La captación del cliente mediante la contratación, supone el fin de la interrupción de la actividad puesto que ésta es adquirida como prestación cambiada por dinero. El comportamiento de la gestora indica que su interés, además de celebrar el negocio, es dar cumplimiento a la obligación de medios en él insertada y por tanto, contraída. Esto es precisamente lo que practica con la puesta a disposición del ya cliente del listado de facultativos y de centros hospitalarios donde éste sería atendido. La actividad ya ha sido querida y abonada, por tanto, pertenece a las dos partes contratantes, una (gestora) la tiene siempre activada, otra (cliente) dispone de ella para cuando lo estime oportuno.

Tercera fase:

La atención médica significa para el cliente el punto culminante, la causa en virtud de la cual contrató, la materialización del posible supuesto en que la enfermedad o la voluntariedad mueven a quien ya pagó a acudir a la consulta del médico o al centro hospitalario concertado, con la finalidad de que se aplique en su persona la actividad contratada, ésta ya no quedaría pendiente de demostración palpable, que una cosa es saber que se paga para cuando se

quiera o se necesite ser atendido y otra, que se sea atendido como realidad que se concreta en la prescripción médica, en el chequeo, o en las curas y hospitalizaciones necesarias. Ésta es la actividad que realmente cree y conoce el cliente, la verdad dinámica origen de la relación jurídica para éste.

Al principio de la exposición, hacía notar la aparente indiferencia que para el atendido supondría la posible existencia de la actividad por fases o tramos, pudiera no ser así, porque siente que, al adherirse al carácter general de la oferta-contrato, ésta solo se personalizaría en este tramo. En otras palabras: la actividad general desplegada por la gestora se convierte en actividad particular, esto es lo que le importa.

c) Actividad nacida cada vez que se necesita:

El camino de la actividad en esta fase, se puede iniciar con la conducta llevada a cabo por la gestora que pudiera constituir una obligación de medios nacida con intención plural, para satisfacer la oferta general hecha al público, y también para conformar la propia razón de ser de aquélla como persona jurídica. No obstante, la dimensión de la actividad

desplegada por la gestora se proyecta en un doble sentido: actividad propia y actividad dirigida.

Por la primera, se entendería la que denomino primaria, que a su vez, pudiera cumplir otra función como es la de nacer para cada negocio, sin dejar de ser una actividad general comprensiva del objeto de un contrato de adhesión celebrado entre la gestora y el cliente.

Cabe también el razonamiento en virtud del cual, lo anterior alcanzaría su plenitud en el mismo instante en que la actividad al ser arrendada por el cliente se encontraría ya dirigida a darle satisfacción, particularizándose tantas veces como aquél necesitara, naciendo desde el acuerdo de voluntades para servir a quien pagó por ella.

Conviene precisar, si el nacimiento de la actividad significa que la misma ya no es tal actividad, a la hora de practicarse la contratación. Aquí, hablar de resultado no es lo propio, cuando lo que se está contemplando es una obligación de medios, entendido aquél como el final de una actividad. Más coherente es pensar, que cuando se hace referencia al nacer, se alude a la realidad primera y única que es la actividad tanto para la gestora como para el cliente. No es que la actividad exista hasta el contrato,

dando lugar a otra nueva a partir de su perfección, es que es la misma actividad, la que vale a ambas partes contratantes sucediendo que para el cliente nace desde entonces, y por eso se constituye en única y primera igual que para su contraparte.

En cuanto a la gestora, el nacer la actividad cada vez que se necesita, no pasa de ser una pura ficción jurídica, pues si se considera la que denominé primaria, constitutiva de la oferta, y ésta objeto del contrato, resultaría problemático concebir que en un negocio de adhesión, el cliente puede obtener de la gestora otro clausulado diferente al que ésta le presenta, y así crear tantas actividades como acreedores-clientes existan, pudiendo también, además de dar lugar al nacimiento de cuantas actividades a la medida sean precisas, plantearse la posibilidad poco sostenible de una gran actividad que se desgaja en pequeñas, como si de derechos y facultades se tratara.

Es más sensato pensar, a efectos de la credibilidad del razonamiento, suponer que la actividad nace al ser buscada por la gestora como fundamento verdadero de intercambio comercial, siendo fundamental para ésta y fundamental, también, respecto al cliente que la necesita, única fuente material e intelectual capaz de formalizar el interés-

consentimiento de ambas partes en darse satisfacción recíproca.

La actividad pues, nace al acomodo de los interesados en ella, y lo hace cada vez que se necesita configurando la razón de ser de este contrato de gestión de servicios médicos. Poco importa la consideración general que sobre la misma se tenga, lo cierto es que en su discurrir fortalece la creencia en el pago y en la oferta. La adhesión del cliente marca el nacimiento real del servicio que arrienda, del objeto-actividad-solución a sus necesidades. Lo mismo parece sucederle a la gestora que cobra por ella cuando lo necesita.

Sin embargo, la aparente simplicidad de este planteamiento, impone el profundizar en otra cuestión prioritaria como es la posibilidad de comprender la atención médica en la misma línea de actividad desatada, o implicaría una nueva afirmación de ésta.

Sinceramente, la consecución por el cliente de la respuesta médica encajaría a la perfección en la llana actividad por él contratada. No obstante, mi parecer es el que sigue: Desde el principio, lo buscado por quien contrata con la gestora es el ser atendido, y esto junto con el pago del precio es lo único capaz de poner de acuerdo a los

contratantes. Sin embargo, tomado el presente contrato de gestión de servicios médicos como arrendamiento de servicios, la obligación que alberga es de medios y por consiguiente, la propia atención médica no podría entenderse por resultado obtenido, en virtud del cual, la parte oferente cumpliría con lo acordado pero con otro tipo de obligación. Aquí, la atención médica debe ser considerada actividad estricta realizada por la gestora, ahora bien, incardinada en la que ésta lleva a cabo desde el principio, significaría la misma, la única posible desplegada desde su origen, dándole razón de ser como persona jurídica.

Es importante resaltar cómo la gestión de la actividad pone en marcha su nacimiento individualizado, dirigido a la satisfacción particular de cada acreedor cliente cuando de lo que se trata, es de una actividad ordenada para todos; de ahí que sostenga lo de nacer cada vez que se necesita.

Por nueva afirmación de la actividad cabría entender desde la óptica del cliente, el nacimiento de la misma para éste, y si lo que se analiza es la propia atención médica, ésta nacería a su favor siempre que fuese necesario, y por supuesto, dentro de las previsibles condiciones generales establecidas por la gestora para este contrato de adhesión.

La visita del cliente al facultativo determina la culminación de toda la actividad desplegada por la gestora a efectos del visitante, y por eso, resulta imprescindible incluir en la misma la debida atención médica, en el sentido de afirmar la postura contenida en la oferta, contemplada en este punto como realidad incuestionable, ficción exacta que sirve al atendido para comprobar, y a la gestora para acreditar la buena contratación llevada a cabo.

Las visiones de una misma realidad a las que me he referido, no alteran, a mi entender, el contrato de actividad emanado del contrato de arrendamiento de servicios que pudiera corresponderse, en la reflexión expuesta, con el contrato de gestión de servicios médicos. Se ofrece la posibilidad de contemplar la obligación de medios profundizando en su contenido, y también dando participación a las partes contratantes, que son los protagonistas en la necesaria valoración del cumplimiento de sus intereses respectivos. La medida de satisfacción a alcanzar descansa en el desarrollo y mantenimiento de la línea de actividad ofertada, haciéndola tan inalterable y real como el comportamiento del cliente; de este modo, el intercambio de prestaciones se ajustará al derecho que nace del consentimiento.

2.2.4. LA HIPÓTESIS DE LOS SIGNIFICADOS DE LA ACTIVIDAD

En el contrato de gestión de servicios médicos pudieran intervenir varios significados sobre lo que se viene considerando actividad. Su incidencia, a efectos de abundar en una definición completa, resulta de interés en cuanto a la posibilidad de informar sobre los previsibles sentidos que su concepto general encierra.

a) Actividad general:

Por tal, se entendería la creada y desarrollada por la gestora con el propósito esencial de constituirse en persona jurídica capaz de ofertar servicios a potenciales clientes. En este punto, procede aclarar que el interés-causa determinante de su conducta es el lucro. De ahí, que para lo que ahora interesa, todo su comportamiento gire entorno a la procura de la mencionada actividad, sin la cual, cualquier empresa futura carecería de fundamento.

Ahora bien, la consecución de esta actividad general no entiende de más perspectivas; se obtiene o no. Ahí radica el propio concepto de sociedad de la gestora. El llevar a cabo

esta tarea implica poner en funcionamiento todas las actuaciones que sean necesarias para el logro de lo propuesto, no importando demasiado en este momento la perfección en cuanto a la adaptabilidad final del producto (el servicio).

Posteriormente, el tipo contractual empleado determinará el grado de libertad en que podrán moverse las partes, fundamentalmente la consumidora, cuya actividad se hará patente una vez esté presente la de la otra. De todo esto se desprende que en la facultad de obrar que tiene la gestora, su independencia configurará la posición que adopte en el mercado y también, la seguridad de su oferta. Por tanto, "actividad general" es la realidad perceptible con que la gestora pretende atraer otra posterior de carácter remuneratorio que beneficie a la suya dando continuidad en el tiempo y solidez económica al planteamiento establecido en origen: Intercambio de un hacer por un precio.

La creación y el desarrollo de la "actividad general" por la gestora comporta el despliegue del hacer, su puesta en movimiento y si por tal se entiende: "Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo", evidentemente, esto es lo que realiza a efectos de presentación ante el público; de ahí, su

carácter general. El detalle quedaría para la especificación interna de la sociedad.

La actividad implica hacer en el tiempo, precisamente lo que necesita la gestora en su nacer y estar como algunos de sus fines alcanzables. Sin embargo, conviene poner de relieve, que en el desempeño de su función, la actividad debe concebirse desde un punto de partida, en virtud del cual, todo aquello que produzca desde entonces, entraría en el concepto de resultado. Por tanto, si se toma a la misma como medio procurador de un final, cabe preguntarse: ¿Es posible la existencia siempre de la actividad en ese estado?

La actividad general descansa en la realización de una cadena de actuaciones tendentes a su consecución, las cuales adquieren la consideración de necesarias, y por lo tanto, imprescindibles desde la perspectiva de la gestora si quiere ser calificada de persona jurídica. Lo importante es analizar que esas actuaciones, al ser anteriores en el tiempo, le proporcionarían tal denominación, y consiguientemente se cumpliría la finalidad esencial origen del derecho de la sociedad a crearse y ofertarse. El emprendimiento de la actividad general no debe confundirse con la mera actividad para conseguirla, pues sería tanto como equiparar objeto de comercio con objeto de creación.

La permanencia indefinidamente de la actividad general plantea la incertidumbre de su viabilidad en el tiempo, en otras palabras, la existencia de ésta hasta ser aplicada, previo pago de su importe en favor del cliente. Tal vez aquí, lo interesante sería comprobar, si la previsión en la contratación es determinante a la hora de hacer la actividad general más activa y fluida en el sentido de potenciar su estabilidad. No cabe duda que cuando la gestora emplea todo su potencial en conseguirla, sobradamente conoce las necesidades de cobertura sanitaria que se dan en la sociedad actual y la desconfianza, prácticamente generalizada en cuanto a los resultados obtenidos por el sistema público. De ahí, que cuando aborda ofertar su solución, los cálculos sean optimistas en la medida en que albergan un importante estudio de la respuesta social. Por tanto, el aliciente de los futuros contratos, incidirá necesariamente en la calidad del servicio que se pretende vender, pero la consideración de la actividad general, siempre como medio, adquirido por el cliente al contratar merece en su análisis el detenimiento necesario pues, aceptarla como fin en sí misma conduce a pensar en la imposibilidad de que su terminación se produzca, y aunque en el arrendamiento de servicios es la labor la que se constituye en objeto del mismo, también es cierto que debe

prestarse la debida atención al contenido de la obligación contraída por la gestora.

La actividad general puesta al servicio del cliente no hace más que actuar en correspondencia al pago efectuado por éste, luego, su permanencia solamente en el concepto de medio se concibe factible si hasta la propia atención médica es hacer y no significa final.

b) Actividad intelectual:

La gestora que procura los servicios médicos al cliente despliega también un hacer incorporal, ya que la gestión de todos los medios que después serán gestionados por ella requieren de una disposición intelectual que abarque su objeto. El tratamiento que pretende abordar el proyecto de actividad de creación para convertirlo en realidad se basa en una doble dimensión.

Dimensión subjetiva:

La actividad de creación consiste en la capacidad que tiene la gestora para intelectualizar y ordenar su intención de establecer un vínculo contractual mediante la creación y

puesta en el mercado de un servicio productor del lucro necesario para su continuidad.

En cuanto a la capacidad de la gestora, indicar su configuración como persona jurídica instalada en la búsqueda de su permanencia comercial racionalizando al máximo las ideas origen de la actividad-transacción. No obstante, este hacer incorpora la necesidad de contratar con terceros que son la garantía de solidez del objeto-oferta hecha al público en este contrato de gestión de servicios médicos. También, el papel de la gestora, desde el punto de vista subjetivo, concede gran importancia a la amplitud con que la actividad intelectual se proyecta. No es lo mismo pretender que la actividad de creación abarque la consecución de medios propios que, contar además, con medios ajenos para dar mayor fiabilidad a la empresa. Estaríamos en este último caso ante una actividad de creación compartida, pues el núcleo que despliega el hacer ya no sería solo de la gestora, y su control, al depender de más de una voluntad, precisaría ser coordinado adecuadamente en orden a la mejor eficacia; en otras palabras, el número de personas jurídicas y físicas intervinientes en lograr la actividad de creación no debe afectar a la obtención del hacer único en que consiste la actividad general. Tanto es así, que independientemente de los contratos (si los hubiere) que les unan, todas las

voluntades y actividades confluirán en un mismo objetivo: La realización de las operaciones y actuaciones necesarias a fin de hacer nacer la actividad de creación.

Dimensión objetiva:

El hacer que la gestora, sola o en colaboración con otros, ha sido capaz de desarrollar tiene una única razón de ser: La obtención a través de los medios aportados, de aquellos otros, que permitan a la persona jurídica gestora implantar una actividad cuya naturaleza fundamente la propia existencia de la misma, dando lugar a la potencial relación jurídica obligatoria imprescindible que consolide su hacer comercial, traduciendo en beneficio el planteamiento intelectual concebido.

Por tanto, esta indicación objetiva contempla la trayectoria unilateral del interés plasmado en actividad con que la gestora desarrolla su voluntad de hacer para que se haga actividad general convertible en actividad-transacción en el momento de contratar con el cliente. Evidentemente, la realidad en que consiste la actividad de creación conseguida, debe producir en la oferta objeto de la actividad general lanzada al público una sensación objetiva de credibilidad

capaz de ajustar las necesidades de éste con la solución ofrecida.

El tránsito del paso de la actividad de creación a la actividad general supone una formalización comercial del hacer originario y expresión de la persona jurídica gestora; es decir, el hacer único al que subjetivamente se ha diferenciado según sus contenidos siendo calificado más en función de su apreciación analítica que de la trascendencia práctica deseada para el consumidor. Interesa, en este sentido, apuntar la innegable prevalencia del hacer contratable por terceros frente al resto de las teóricas concepciones sobre la actividad ya que, en el mismo reside la situación jurídico-comercial de la gestora.

c) Actividad transacción:

Dentro de los hipotéticos significados de la actividad, definir lo que sea actividad-transacción conecta inevitablemente con lo que con anterioridad he denominado actividad general. Es por esto que ahondar en la problemática expuesta supone completar lo que, a mi entender, sería el hacer último, comprendido éste como la finalización de toda la actividad única iniciada por la gestora.

No supone, a mi juicio, una falta de coherencia el mencionar hacer-último y actividad única, ya que ambos expresan el contenido de la misma idea concebida y transformada en medios por quien pretende a través de ella la consecución satisfactoria del producto correspondiente al servicio objeto de la inversión intelectual y material realizada. Por esto, el hacer último simboliza la labor que lleva a cabo la gestora integrando la utilidad buscada que conformaría la actividad única. Sin embargo, actividad general y actividad transacción estarían implicadas en una diferencia desde el punto de vista práctico, que consiste en la puesta a disposición del cliente en el momento de la celebración del contrato de toda la actividad que ha conseguido llevar a cabo la gestora constituyendo la prestación objeto del contrato de gestión de servicios médicos. La "actividad transacción" se incardina a estos efectos en la oportunidad de utilización por el cliente dependiendo entonces de la necesidad-voluntad del mismo el hacer realidad en su provecho la cobertura sanitaria abonada.

Otra cuestión que es necesario abordar concierne al planteamiento de si esa actividad entregada por la gestora al cliente en virtud del acuerdo de voluntades producido, se corresponde además de con su única elaboración aplicable con

carácter general al público, con su prolongación para después del contrato.

La actividad transacción cumple, al ser objeto de cambio por el precio que da el cliente, la misión para la que fue creada, pero esto, pudiera significar tan solo una parte de la realidad. Ciertamente es que al contratar la gestora con el cliente está haciendo un hacer propio constitutivo de la actividad general. Sucede, sin embargo, que ese hacer encuentra continuidad tanto si se personaliza en el contratante, practicándose entonces individualizadamente la oferta general, como si éste concreta o no hacer uso de la atención médica de conformidad con su necesidad-voluntad. La explicación consiste en que la aceptación del cliente vincula a la actividad llevada a cabo con anterioridad al negocio y también al comportamiento protagonizado por la gestora en relación a los terceros encargados (centros médicos, facultativos, A.T.S., etc.) de actuar en el mismo, dando para cuando lo estime oportuno el cliente, el servicio requerido.

No se produce pues, con la perfección del contrato entre la gestora y el cliente un apartamiento en cuanto a la naturaleza y calidad de los medios prometidos por aquélla. Es más, la obligatoriedad de su compromiso alcanza incluso la conducta realizada por los otros obligados en prestar el

servicio médico. Es decir, la gestora responde de la atención médica arrendada, sea utilizada o no.

2.3. LA CAUSA DEL CONTRATO

«... La palabra «causa» significa el fin con el cual o por el cual se hace alguna cosa. Por consiguiente, referida al contrato, debe explicar el fin con qué o por qué se otorga el consentimiento en orden al objeto; es decir, la causa responde a la pregunta de por qué se celebra un contrato»¹¹⁰.

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ¹¹¹ concreta:

«... Así se ha dado en decir que la causa del contrato se identifica, objetivamente con la función socio-económica que desempeña el tipo contractual:

- a) intercambio de cosa por precio en la compraventa.*
- b) intercambio de cosa por cosa en la permuta.*
- c) cesión temporal de vivienda a cambio de la renta en el arrendamiento, etc.”*

¹¹⁰ JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, *Ob. cit.*, p. 51.

¹¹¹ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Ob. cit.*, Tomo III, Contratos, p. 38.

JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO¹¹² al explicar las distintas teorías sobre la causa, refiriéndose a las llamadas teorías objetivas modernas escribe

«... Es equívoco hablar de función económico-social del negocio: en realidad, éste desarrolla, en cuanto acto individual que es, una función económico-individual: la correspondiente operación expresa aspiraciones e intereses de uno o más individuos. No siendo indispensable que tales aspiraciones o intereses coincidan con un determinado interés del procomún: basta, al contrario, que la postura individual no sea opuesta a las normas imperativas de la moral social (buenas costumbres).

En definitiva, y como dice DE CASTRO «las teorías objetivas quedan encerradas en un callejón sin salida. Cuando se entiende que el fin, interés o función económico-social del que se trata es el buscado o querido por las partes, se recae en la teoría subjetiva. Cuando se define como la función económico-social o práctica del negocio mismo, se le identifica con el contenido del negocio. Cuando se le considera como la

¹¹² JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, p. 147.

síntesis de la función jurídica, se le confunde con el negocio en su totalidad (relación negocial). Con el resultado que de uno u otro modo se viene a coincidir con la teoría anticausalista, al confesarse implícitamente que la causa no es un requisito ni un concepto con propio significado».

En el contrato de gestión de servicios médicos la importancia de la causa no tiene por qué ser superior a la de otros negocios. MANUEL ALBALADEJO¹¹³ dice que tanto el arrendamiento de servicios como el de obra

«... son: consensuales, bilaterales y onerosos; y es libre la forma (de palabra, por escrito) de celebrarlos».

De entre todos estos caracteres contractuales, tal vez sea la onerosidad el reflejo más patente de la causa del contrato, operando como clave para diferenciar la causa de las partes contratantes de la causa del arrendamiento. En

¹¹³ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *"Derecho ... Ob cit., II"*, Derecho de obligaciones, volumen 2, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, p. 277.

este sentido CARLOS LASARTE ÁLVAREZ¹¹⁴, de quien tomo la idea, explica:

«... Habría de concluirse que el intercambio de prestaciones subyacente en el contrato, objetivamente considerado, constituiría la causa del contrato».

La atención médica, es sin duda el comportamiento esperado por el cliente, claro está, siempre que el precio de la misma sea satisfecho en tiempo y forma, constituyendo entonces el actuar propio de quien da para recibir. Ciertamente, la necesidad de cobertura sanitaria sería el impulso subjetivo en virtud del cual existe la causa como función socio-económica, aunque a efectos prácticos carezca de importancia. Sin embargo, creo no está de más, aunque pura especulación sea, ahondar en la separación motivos-causa referida al nacimiento de la relación contractual servicios médicos.

El capricho, en sí mismo considerado, puede ser igual de válido que la necesidad a la hora de celebrar un contrato, ambos surgen del querer y éste del sentir. Sin embargo, aplicados desde el punto de vista del potencial cliente como móvil creador de la relación negocial servicios médicos,

¹¹⁴ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios... Ob. cit."*, Tomo III,

produce, a mí entender, una sensación distinta en cuanto a su tratamiento unificado, es decir: ¿Cualquier estado de ánimo es subjetivamente idóneo para quedar al margen de la causa del contrato?

Parece evidente que si se contempla con exclusividad el interés objetivo de las partes contratantes, apartando del acuerdo de voluntades el sentimiento motivador y subjetivo, la vinculación contractual quedaría reducida a un puro y frío intercambio de fines que lleva por nombre causa de cada una de ellas. En este sentido se manifiesta el art. 1.274 C.c. cuando menciona «... para cada ... por la otra...».

Pudiera también resultar esclarecedor el planteamiento que sigue: Si el propio cuerpo legal civil expresa para los contratos onerosos solamente la causa para quienes contratan y no la del contrato, ¿por qué empeñarse objetivamente en hacer compartimentos estancos si la causa de aquellos puede concordar con la de éste? En otras palabras, ¿cuál es el matiz diferenciador entre gozar de una cobertura sanitaria y cobrar por ello con intercambiar prestaciones, acaso sea la denominación de función económica y social? Por tanto, ¿sería posible la identidad de causas si la causa subjetiva fuera a su vez causa de la objetiva, o únicamente existe la causa?

No es fácil elaborar soluciones al especular sobre la causa. Tampoco lo es, concretar cuál sea la del contrato de gestión de servicios médicos. Sin embargo, y tal vez debido a la realidad que inspira el mismo, como es la procura privada de atención sanitaria, desde la posición del cliente, la concepción subjetiva de la causa cobra, mayor relevancia al suponerla determinante de la concepción objetiva de la misma. Lo que quiero decir es que, presumiblemente, el impulso subjetivo desencadenante de la causa contractual, tal y como está concebida, aunque ceda ante ésta, no por ello pierde el carácter natural de ser causa de causa, esto es, aceptando la existencia de ambas concepciones.

Otro panorama más especulador, a mi juicio, sería aquél que considera innecesaria la polémica causal, advirtiendo del grave riesgo que significaría elevar el debate de conceptos a la categoría de un todo imprescindible y absoluto, que bien pudiera desnaturalizar la causa, presentándola confusa y estéril en la realidad.

Los argumentos en favor de una formulación aséptica de la causa, chocarían ya de principio con la imposibilidad de que la misma pudiera escapar de cualquier ubicación clásica. Sin embargo, descargándola de posicionamientos conceptuales,

sería cuando presumiblemente comenzara según esta opinión, el verdadero sentido de su existencia. La cuestión estriba en que debe ser el propio contrato el que se adecúe a la causa y no al revés. Así, la teoría que defiende una causa única cobraría genuina carta de naturaleza dando cabida a que la finalidad de las partes no quede desintegrada ante la del negocio. Mas para no dificultar la exposición serán dos los análisis que haré de la causa:

2.3.1. IDENTIDAD DE CAUSAS:

La división de la causa en virtud de los conceptos y la incidencia que estos pudieran tener en la consideración de la misma respecto al contrato de gestión de servicios médicos, previsiblemente suponga, según esta perspectiva, una fijación artificial en cuanto al tratamiento y las consecuencias que de éste se deriven, variando el objetivo final en función de la importancia concedida a una u otra aplicación conceptual.

La visión que sobre la causa tiene nuestro Código civil resulta eminentemente práctica; es lógico, ya que la actividad contractual atiende más al movimiento económico como hecho que como fuente inspiradora de la misma. Así, lo tangible se manifiesta válidamente imprescindible y

comprendido de toda la realidad comercial debido al carácter de requisito que le atribuye el art. 1.261 C.c. sin dejar lugar a más consideraciones. Tal vez sea por esto, que las presuntas aportaciones que sobre el tema pudieran hacerse acrecientan la polémica y no se tomen en su verdadero sentido de intento pacificador.

El caso es que, si el aspecto subjetivo de la causa forma el aspecto objetivo, el valor que a éste pueda dar el Código civil, en la teoría que propongo, supone el establecimiento y la formalización práctica de una conveniencia legislativa, pues de nada sirve querer causar sin haber causado y a la inversa. El esquema, por tanto, es el que sigue:

Querer causar = aspecto subjetivo de la causa = interés, móvil, razón, capricho, etc.

Haber causado = aspecto objetivo de la causa = contrato = función socio-económica.

a) Querer causar:

La racionalización del querer asumida como incuestionable conduce al absolutismo causal. Esto es así, porque no participa como fuerza motriz el sentimiento humano capaz de impulsar la celebración de cualquier contrato. El querer, por tanto, al ser la expresión de lo sentido puede abarcar todo móvil, capricho o interés, obviamente, también el hacer.

El aspecto subjetivo de la causa no debe, pues, tener, a mi parecer, menor relevancia que el considerado útil por su aplicación práctica. No en vano, sin el uno no puede darse el otro a pesar de que la valoración sea diferente. El fondo de la cuestión implica posibilidad de comparación entre objetividad y subjetividad de la causa acompañada de cierto grado de desapasionamiento.

Fuera de toda especulación desinteresada puede situarse la explicación del querer causar, incluso tomado éste sin referirse a un contrato, sigue siendo determinante respecto a cualquier pretensión humana, tanto más si lo que se persigue es satisfacer imposiciones de la vida o el propio deseo. No obstante, y a pesar de que la función socio-económica no lo considere importante ¿puede concebirse cualquier realidad

válida sin el concurso del querer? La naturalidad posicional del aspecto subjetivo de la causa se explica por sí misma, ya que su peso no depende más que de su propia situación.

b) Haber causado:

La función económica y social que cumple el contrato encaja perfectamente con el aspecto subjetivo de la causa. Nada escapa al interés de la sociedad en moverse y reafirmar que existe utilizando como instrumento más preciso el intercambio regulado jurídicamente del querer. Luego, querer causar = haber causado (intercambio de prestaciones) = contrato.

Este planteamiento lleva a pensar, en mi opinión, que el querer causar es tanta causa como el haber causado, pues, sin el principio no se puede dar el final. También, pudiera tratarse la posibilidad de que el llamado aspecto subjetivo de la causa estuviese incluido en el aspecto objetivo de la misma, pero aquí cabría suponer la indisolubilidad de ambos que es tanto como predicar una causa compleja aunque en su traducción contractual solamente figurase el aspecto objetivo marcado por el legislador.

La trascendencia que para el derecho civil tiene la causa, se plasma indudablemente en la solución eminentemente práctica adoptada por el Código de apartar tanto en lo conceptual como en lo objetivo la más mínima alusión a cualquier presunta actuación general o concreta del aspecto subjetivo de la causa en el contrato. Sin embargo, y sin más propósito que el de idear, bien se puede proseguir haciendo una reflexión, nunca maliciosa, sobre el carácter decisivo o no de la subjetividad pero en sentido abierto, obviando afirmaciones y descalificaciones absolutas, así como planteamientos deliberadamente confusos e inapropiados para la realidad que se trata.

Haber causado y hacer pueden ser objeto de estudio en relación con el querer causar y a la inversa, es decir, con este hilo argumental, si hacer pensamiento de contrato es querer causar, hacer es haber causado, luego ¿Cual hacer es el más importante? o ¿Se trataría de un hacer único? Simplificando todavía más, lo susceptible de análisis quedaría así: Hacer = Querer = Haber.

Pensar, desde la perspectiva que presento también es hacer, aunque éste bien pudiera considerarse objetivo y genérico hasta que no revele lo pensado, incluso cabría la posibilidad de denominarlo puro hacer nominativo, forzando la

expresión naturalmente. El planteamiento que con carácter general se acepta es el de suponer como subjetivo todo querer no manifestado contractualmente, que es lo mismo que preguntarse sobre su importancia a efectos causales.

El hecho de que el carácter subjetivo resulte baladí según lo establecido, cuando se trata la causa no puede impedir, a mi modo de ver, la especulación del hacer que presento, es decir: si es hacer cuanto compone la causa, ¿por qué tiene la función económica y social la exclusividad legal de ser reconocida como única causa válida?

De siempre, el Derecho civil es considerado el Derecho privado por excelencia, valedor de la persona y de sus intereses. Es por esto que, pudiera resultar chocante estimar útil solamente el aspecto objetivo-práctico omitiendo por intrascendente el íntimo querer de los particulares. Con otras palabras ¿de nada sirve el para qué quiero yo contratar?

En otro orden de cosas, tal vez sea conveniente detenerse en el hacer, por si éste, en su interpretación de haciendo y hecho conectase con querer y haber. El caso presupone que acatando la subjetividad oficial del querer, en su realidad de nula participación en la causa, también, y sin

más ánimo que el de aportar podría implicar la viabilidad del desarrollo siguiente: Si yo estoy queriendo, estoy haciendo porque hago el querer aunque sea por necesidad sentida, sobrevenida o por capricho. Ampliando todavía más lo expresado podría caber: Quiero contratar y contrato sin reparar en que esto último sea la demostración de lo que se ha dado en llamar función socio-económica.

2.3.2. LA CAUSA EN SENTIDO ASÉPTICO:

En el presente análisis de la causa referida al contrato de gestión de servicios médicos, y desde el aspecto subjetivo de la misma, los motivos fundamentan el interés económico-social, pero esto es solamente una apreciación que dista de ser definitiva por cuanto de personal tiene. No obstante, ahora importa más reflexionar sobre la posible configuración de la causa sin injerencia alguna; es decir, su establecimiento simplemente, y la relación que guarda con el concepto de requisito contractual imperativo.

El art. 1.261, apartado 3º C.c., impone claramente la presencia indiscutible de la causa para que el contrato exista. Esto, además de aplastante en cuanto a su instauración, abre, a mi modo de ver, en la especulación que

trato, algún interrogante respecto a su aceptación. ¿Es factible un posicionamiento de la causa en virtud del cual se acepte la misma libre de toda influencia objetivamente interesada?

El requisito de la causa obedece, como es natural, a un comportamiento humano tanto en su creación como en su puesta en práctica. Ahora bien, ¿su calificación legal y doctrinal es genuinamente aséptica? La expresión «causa de la obligación que se establezca» ¿responde en su contenido a una formulación aséptica?

Posiblemente, la subjetividad que caracteriza el pensamiento del hombre, al hacerse letra, queda convertida en lo que éste quiera. Así, el conocimiento de la realidad se nos presenta empequeñecido y limitado, propio e inaccesible a la presunta y problemática verdad única. Consiguientemente, la hipotética existencia de una causa sin compromiso subjetivo u objetivo desnaturalizaría el ser del hombre además, ¿qué posibilidades de interpretación tendría?

Sin otro ánimo que el de especular, la causa inanimada y sin dirección supondría un requisito insustancial carente de operatividad, mudo acompañante, en definitiva, para los servibles consentimiento y objeto. No obstante, su inclusión

siempre daría naturalidad, como referente originario del contrato.

Así, en la importancia del sentido de la causa en el contrato de gestión de servicios médicos, el planteamiento político-positivo que de la causa hace nuestro Código civil, dejando patente la finalidad objetiva como lo único perseguible en el contrato, hace, en principio, descartable cualquiera otra posibilidad de relevancia causal. Sin embargo, dada la seriedad que impone todo cuanto esté relacionado con la salud, no es baladí, desde la perspectiva del cliente, insistir en que tal vez el propósito individual de éste al contratar, pudiera considerarse la causa misma.

El solo intercambio de arrendamiento por precio en un contrato de esta singularidad, posibilitaría un análisis excesivamente frío de la causa, motivado en esencia, por la no atribución del peso específico que merece a la necesidad-querer del arrendatario. Si éste, necesita a la gestora para garantizarse atención médico sanitaria suficiente, es porque la misma reúne las condiciones previamente ofertadas y posteriormente convenidas, esto es: quiere contratar esa gestión de servicios médicos y no otra, por sus cumplidos requisitos y fundamentada credibilidad. Por tanto, el motivo

que impulsa al cliente, pudiera ser relevante para el sentido de la causa en este contrato.

III. CONTENIDO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

1. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

De decisivas, se pueden calificar las que nos proporciona BERNARDO MORENO QUESADA ¹¹⁵ cuando dice:

«... De entre las distintas y numerosas clasificaciones que pueden hacerse de las obligaciones de hacer, aquí vamos a prestar atención sólo a algunas, en que la adscripción de una u otra forma supone consecuencias prácticas importantes en cuanto al régimen jurídico respectivo: tal, por ejemplo, sobre la posibilidad de que sean cumplidas por un tercero; sobre la responsabilidad por su incumplimiento; sobre la posible ejecución forzosa in natura; sobre poder, o no cumplirlas por partes, etc... De ellas, las hay que se han considerado ya en ocasiones anteriores con el mismo objeto con que aquí se hace; otras, que se han tenido en cuenta en ámbito diferente, pero que en el que ahora se contempla puede resultar esclarecedor de determinadas cuestiones que plantea su régimen jurídico; y otras, finalmente, que implican traer a un primer plano aspectos que no se habían tenido en cuenta en este particular y

¹¹⁵ BERNARDO MORENO QUESADA, "Problemática de las obligaciones de hacer", Tomo LX, «R.D.P.», Madrid, 1.976, pp. 470 a 478.

que también contribuirán al mejor conocimiento de algunos sectores del mismo».

A continuación, las divide en:

1. Fungibles e infungibles
2. De medios y de resultado
3. Realizables o no, sin afectar al ámbito del deudor
4. De puro hacer y relativas a cosas,
5. De hecho propio y de hecho de tercero.

1.1. OBLIGACIONES FUNGIBLES E INFUNGIBLES

En cuanto a la clasificación en fungibles e infungibles plantea este autor la posibilidad de

«... que puedan, o no, ser sustituidas en la realización: si ello sucede, cabrá, por ejemplo, el cumplimiento por un tercero, la ejecución forzosa in natura, etc., lo que no podrá tener lugar si esa circunstancia no se da en la obligación».

Realmente, el razonamiento de BERNARDO MORENO QUESADA tiene su núcleo central en partir de la idea de que en toda obligación están presentes tres elementos:

- a) la conducta o comportamiento del deudor,
- b) el interés o satisfacción, o utilidad que la misma proporciona al acreedor, o a un tercero,
- c) el sujeto que ha de llevarla a cabo.

El interés o utilidad que para el acreedor representa la prestación, es el norte o guía que ha de dirigir la actuación del obligado para que, satisfaciéndolo, se cumpla el programa previsto al constituirse aquélla. Al permanecer el mismo mientras dure la obligación, serán, por consiguiente, la conducta o comportamiento del deudor, y éste mismo los dos elementos que, en principio, resultan susceptibles de ser cambiados o sustituidos. Pero, ¿cabe hacerlo sin que se desnaturalice la obligación?

VIRGILIO ANDRIOLI¹¹⁶ sostiene que el único parámetro en esta materia viene dado por el interés del acreedor. En otras palabras, la fungibilidad no representa un factor preconstituido, tal de condicionar la exigibilidad de la ejecución específica; al contrario, el hecho mismo de optar por esta última, expresando la elección del acreedor entre actividad subrogatoria y mero resarcimiento del daño, pondría, automáticamente, a la prestación debida en una posición de fungibilidad.

Esta construcción, que puede parecer atractiva por su aparente simplicidad, no debe ser acogida. Y no debe serlo, de una parte, porque con ella se cambian los términos de la cuestión, calificándose la naturaleza (fungible o infungible) por los efectos (posibilidad o no de sustituir la prestación) que se le quieran atribuir en cada caso, cuando lo correcto es que los efectos (sustituibilidad), se den con independencia de la voluntad de las partes al ejecutarla y de acuerdo con la naturaleza (fungible o no) que haya de atribuírsele a la prestación que, y esto es otra cuestión, al establecerse podrá

¹¹⁶ VIRGILIO ANDRIOLI, *“Commentario al Codice de Procedura Civile”*, III, E. Jovene, Napoli, 1.957, p. 325.

Si éste considera "exacta" la ejecución de la prestación por un tercero en lugar de la actividad personal del deudor, o sea, opta por la ejecución en forma específica, no podrá imputar a otros la desventaja que eventualmente se le derive de ello. Si por el contrario, no considera "exacta" la prestación del tercero, elige el resarcimiento del daño, la tiene por infungible.

estar determinada en este aspecto por la voluntad de los sujetos. Y de otra parte, tampoco debe ser acogida esta posición, toda vez que para que tenga sentido ha de descansar sobre el presupuesto de la exclusiva decisión del acreedor, al cual no hay motivo alguno para que se le atribuya (*aliud pro alio invito debitore peti non potest*), puesto que no siendo así y operándose a base del acuerdo de acreedor y deudor para cumplir con prestación distinta a la pactada, estaríamos ante un caso de acuerdo extintivo de la obligación, de dación en pago en el sentido de prestación en lugar de cumplimiento del que habla el Código civil italiano, cuando en su art. 1.197.

En definitiva, que adoptar esta posición, en cuanto se hace depender la sustituibilidad de la decisión a posteriori del acreedor, de su aprobación a una prestación diferente, quiere decir tanto como negar la fungibilidad de las obligaciones de hacer; y ello, en cuanto que tal concepto presupone la posibilidad, tal impone su naturaleza, de que sea impuesto el cambio contra la voluntad del acreedor.

Un sector de la doctrina¹¹⁷, con pretensiones de fijar un criterio objetivo, ha considerado como fungibles aquellas obligaciones que comprometen al deudor a la realización de

¹¹⁷ MARIO JULIO BRITO ALMEIDA COSTA, "*Direito das obrigações*", Editora Atlântida, Coimbra, 1.968, p. 211.

hechos materiales, en tanto que serían infungibles las dirigidas a prestar una actividad artística o cualificada (o una declaración de voluntad negocial). La distinción, por consiguiente, se hace reposar en la exigencia, o no, para llevar a cabo el hecho objeto de la prestación, de una preparación o competencia especial.

ANTONIO ZARRELLI¹¹⁸ dice que se relaciona esta posición con la de carácter objetivo, a propósito de las obligaciones en general, que pone en la "amplitud" del objeto de la obligación, la base de la fungibilidad; aquí, la innecesariedad de cualificación, y consiguiente mayor número de personas en condiciones de realizar el hecho, es lo que provoca la sustituibilidad.

Pero añade que no es defendible la pretensión de clasificar los trabajos, los hechos, y con ellos los sujetos, con el criterio de la sustituibilidad.

Si arbitrario resulta considerar de escasa relevancia cualitativa algunas cosas, sin tener en cuenta su posición en la concreta relación con referencia al interés del acreedor, todavía más lo es defender que los hombres, como sujetos de

¹¹⁸ANTONIO ZARRELLI, *"Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione"*, Eugenio Jovene, Napoli, 1.969, pp. 58 y ss.

obligaciones, pueden ser objeto de división cualitativa en términos positivos o negativos: En efecto, sucede en la práctica que muchas personas consideran preciosa la obra de un modesto trabajador o artesano, mientras que otros estiman sustituibles sujetos que deben llevar a cabo obras de gran dificultad o importancia.

FRANCESCO CARNELUTTI¹¹⁹, en cuanto a la fungibilidad de la específica obligación de "contratar" considera que el querer es eminentemente infungible, es "inherente e inseparable de la persona del promitente y su falta no puede ser suplida por un pronunciamiento judicial"; y ello, se decía por el respeto debido a la personalidad humana, y por la naturaleza de la actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a declarar la existencia del derecho y su eventual violación y reintegración; no lo constituye, sino que sólo puede realizarlo, sustituyendo al deudor.

Sin embargo, el Código civil italiano de 1.942 admitió esta posibilidad (art. 2.932) e igual hace el portugués de 1.967 (art. 830).

¹¹⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *"Diritto e proceso nella teoria delle obbligazioni"*, «Studi di Diritto Processuale Civile in Onore de Giuseppe Chiovenda», CEDAM, Padova, 1.927, p.215.

En nuestro Derecho, admite esta solución el Tribunal Supremo, aun con decisiones contradictorias, en sentencias de 21 de Diciembre de 1.955, 2 de Febrero de 1.959, 5 de Octubre de 1.961, 26 de Marzo de 1.965 y 21 de Febrero de 1.969.

El artículo 1.166 del Código civil español, en su párrafo segundo, al disponer que

«... Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor»,

deja fuera de posibilidad el cambio de prestación. Pero, obsérvese, que la razón de ello es que se faltaría al requisito de la identidad en el cumplimiento: por lo que siempre podrá ser rechazado por el acreedor.

Y es que, realmente, no cabe el cambio del hacer propio de la obligación, porque ello, no sería el simple cambio de un elemento de la prestación, sino de la prestación misma. Se trata de similar consideración a la que ya aparece en el primer párrafo del propio art. 1.166, al establecer que

«El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida».

No puede hacerlo, por la simple razón de que cambiaría el contenido de la prestación, haciéndola una prestación diferente; y diferente sería, con mayor motivo aún, si se cambiara un hecho por otro. Y al faltar la identidad, no habría cumplimiento eficaz.

De esto se deduce que el único cambio pensable, a efectos de la fungibilidad, en las obligaciones de hacer, es el del sujeto obligado al cumplimiento. Y ello, ¿es posible? En otros términos, ¿cabe en las obligaciones de hacer el cumplimiento por un tercero?

A esta pregunta contesta el art. 1.161 del Código civil, al establecer que

«En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

En este sentido, JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA¹²⁰ afirma

«... no basta que sea una obligación de hacer, como a primera vista ha podido entenderse y en algunos casos se ha entendido, sino que es preciso que en dicha obligación de hacer, la persona del deudor sea determinante, (es decir, se haya constituido la obligación intuitu personae), por haberse tenido en cuenta las cualidades del deudor, cualidades que no han de entenderse como exclusivamente personales, sino, además, también profesionales».

Por tanto, para BERNARDO MORENO QUESADA no hay categorías contractuales que de por sí, objetivamente, sean de las celebradas *intuitu personae* y otras que, por el contrario, no tengan esa calificación. Lo que sí hay son unas que, normalmente, se celebran así y otras que, también generalmente, no responden a tal circunstancia. Pero ha de reconocerse que, tanto en uno como en otro caso, cabe perfectamente, y de hecho así sucede en la práctica, que la voluntad de las partes las configure de forma distinta a la que es normal en cada caso.

¹²⁰ JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, "El cumplimiento de las obligaciones", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.956, p. 132.

Esta posibilidad aparecía más claramente establecida en el que es antecedente de nuestro art. 1.161; esto es, el 1.100 del Proyecto de 1.851, al determinar que

« La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo en el caso en que se hubiese establecido por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o se hubiere elegido su industria y conocimientos o calidades personales».

Sin duda, los redactores de nuestro Código consideraron tan evidente el poder vinculativo de la que pudiéramos denominar infungibilidad convencional o expresa, que prescindieron de su expresa consideración, limitándose a contemplar las circunstancias delimitativas de la tácita, que es a la que se refiere el art. 1.161 del Código civil.

Por ello, en este sentido, pudiera parecer que no ofrece dudas que ese "tener en cuenta" del precepto, va referido, no ya a las partes contratantes, sino al acreedor. La comparación con el artículo citado del Proyecto de 1.851 lo manifiesta claramente.

Esta división de las obligaciones de hacer afecta, también, al contrato de gestión de servicios médicos, pues

sirve para concretar la naturaleza jurídica de la obligación que contrae la gestora de los mencionados servicios médicos con el cliente. Esto, lo digo en el sentido de que el hacer de la empresa puede encajar en uno de los dos conceptos en que se divide esta clasificación.

Si se considera la prestación de la gestora como fungible, equivaldría según la doctrina dominante, a sustituible en su ejecución, con lo cual, si el cliente es favorable a que se produjera tal circunstancia, no tendría en cuenta la acción del deudor respecto a la prestación querida cuando contrató. Únicamente, atendería a su presunta satisfacción, importándole poco, ésta o aquella prestación semejante a la contratada, o ésta o aquella gestora encargada de realizarla. Aquí, cabría plantearse, al no ser exacta la prestación recibida a la que se contrató, si se produciría o no una desnaturalización o pérdida de identidad del objeto del contrato. A mi entender, si en el caso que me ocupa, la gestora cambia el objeto del contrato, aunque sea con el consentimiento del cliente, está cambiando el contrato mismo; por tanto, ya no se podría hablar de fidelidad en la oferta ni en la aceptación, y dada la sujeción de este convenio a un clausulado que contiene condiciones generales, una de las partes podría introducir la sustitución, pero la otra, - cliente- no, aunque consintiera *in situ* o posteriormente a

ello, acrecentando, a mi juicio, su posición de desigualdad contractual y de sumisión.

La consecuencia sería una fungibilidad impuesta por la gestora y no acordada por la otra parte interviniente en el contrato. Poca operatividad desplegaría entonces el párrafo segundo del art. 1.166 del C.c. al decir que «... *tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*».

Si se considera la prestación de la gestora como infungible, equivaldría a no sustituible, es decir, aquí el cliente puede conservar la prestación a la que se adhirió en el contrato que celebró con la gestora, incluso al amparo del propio artículo 1.161 del C.c. cuando establece

«En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

Este artículo se está refiriendo a la constitución de obligaciones *intuitu personae*, aquellas en las que las cualidades del deudor han sido determinantes para llevar a

cabo la contratación. Otra vez, en mi opinión, el cliente se encuentra en posición de desventaja respecto a su deudor, pero, en esta ocasión, esa desventaja puede resultar más aparente que práctica. Me explico: Ciertamente es que el cliente no ha especificado en el contrato que ha acudido a esa gestora y no a otra por su excelente cualificación profesional en la prestación de servicios médicos ¿Cómo iba a hacerlo si no ha podido ni introducir una sola cláusula particular al tratarse de un contrato de adhesión? Pero, también es verdad, que socialmente, lo más probable es que haya contratado influido poderosamente por la publicidad y por las referencias que haya recibido de sus allegados y de otros clientes; o también, y quizá sea lo más determinante, por su interés concreto en ciertos facultativos y centros hospitalarios debido a su prestigio. Por tanto, no existe elección expresa del cliente, pero sí tácita y esto puede significar infungibilidad en la obligación de la gestora, demostrable en el supuesto de incumplimiento de ésta cuando fuera obligada a indemnizar al cliente por daños y perjuicios.

En este sentido de tomar la obligación de la gestora como infungible se manifiesta, como antecedente histórico, el art. 1.100 del Proyecto de Código Civil de 1.851 de Florencio García Goyena, que dice

«La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo en el caso que se hubiese establecido por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o se hubiere elegido su industria y conocimientos o calidades personales».

De este artículo, a mi entender, cabe destacar el último párrafo «... o se hubiere elegido su industria y conocimientos o calidades personales» que concuerda, también, con el último párrafo del actual art. 1.161 del C.c., del que es antecedente.

1.2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

La segunda clasificación de las obligaciones de hacer es la que distingue, las obligaciones de medios, actividad o pura diligencia, y las obligaciones de resultado.

JESÚS MIGUEL LOBATO GOMEZ¹²¹ dice que, en general, se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma

¹²¹ JESÚS MIGUEL LOBATO GOMEZ, "Contribución al estado de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado". Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.992(1), p. 653.

mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios (de ahí el nombre que se le da comúnmente), a través de una actuación diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que sin embargo, no forma parte de la prestación; no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor.

Por el contrario, se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado y, en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación.

De lo expuesto parece desprenderse con bastante claridad que esta distinción se centra primordialmente en la

configuración del objeto de la obligación, o si se prefiere, en la naturaleza de la prestación, y que encuentra su mejor acomodo y su mayor utilidad en el ámbito de las obligaciones que, a tenor del art. 1.088 de nuestro Código civil, consisten en hacer alguna cosa. No obstante, a partir de ella, y dándole una relevancia que seguramente no tiene, se ha tratado de señalar la existencia de dos disciplinas diferentes en lo que respecta al cumplimiento/incumplimiento de las mismas y a su prueba, de dos formas distintas de imputación de la responsabilidad derivada del incumplimiento y de su posible exoneración e, incluso, de articular, en base a la distinción, dos regímenes de responsabilidad civil diferenciados, objetiva en el caso de las obligaciones de resultado, culposa en el caso de las obligaciones de medios.

BERNARDO MORENO QUESADA¹²² concreta que la distinción parte de observar que, si bien en la mayoría de las obligaciones el deudor se compromete a procurar al acreedor la prestación debida, esto es, un resultado cierto: entrega de una cosa, construcción de un edificio, transporte de un objeto, realización de un encargo, o en otros casos, ciertamente más raros, el deudor compromete solamente su actividad al realizar lo que esté a su alcance para conseguir la satisfacción que el acreedor espera (ejemplo clásico, la

¹²² BERNARDO MORENO QUESADA, *Ob. cit.*, pp. 474 a 476.

obligación del médico de proporcionar al enfermo las curas adecuadas para que sane). En el contrato de gestión de servicios médicos, la gestora entrega la guía de facultativos y centros hospitalarios al cliente.

La obligación de resultado es el tipo corriente de obligación; en ella se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, (la gestora cumple garantizando que atenderán correctamente al cliente) siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe fuerza mayor. Así todo deudor de una suma de dinero está vinculado por una obligación de resultado; debe pagar al vencimiento la suma debida, siendo éste un resultado con el cual el acreedor puede contar y cuenta firmemente: la idea vale para toda suma de dinero, ya se trate del pago de una cosa o un servicio, del reembolso de fondos prestados, etc.; el deudor no promete solamente hacer lo posible para rembolsar al prestamista o pagar al vendedor; el acreedor no aceptaría que pueda existir duda desde la conclusión del contrato, sobre la certidumbre del resultado esperado.

A sensu contrario, el cliente no contrataría con la gestora sin saber si luego los médicos le atenderán o no.

El cliente en el contrato de gestión de servicios médicos está obligado al pago de los mencionados servicios a la gestora. Su obligación es duradera periódica¹²³. La calificación de periódica la determina el hecho de que el deudor deba satisfacer de forma regular, prestaciones parciales previstas en la relación obligatoria.

La obligación de medios, u obligación de diligencia, en cambio, es aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que cueste, un resultado, sino a actuar los medios a su alcance para procurárselo; se obliga sólo a actuar diligentemente. Son, pues, obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación. Y si ello es así, es porque normalmente el resultado perseguido por el acreedor, y que el deudor se esforzará en alcanzar, es demasiado aleatorio; depende demasiado poco de la sola diligencia del deudor para que las partes puedan hacerlo objeto de la obligación. El resultado debe, entonces, permanecer fuera del contrato, bien que el deudor se comprometa a emplear los medios que tiene en su poder para alcanzarlo: el médico no se compromete, normalmente, a sanar

¹²³ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, "Principios ...", Tomo II, Derecho de Obligaciones, p. 79.

al enfermo, sino a proporcionarle las curas que su preparación y el estado de la ciencia pone a su alcance para intentar su curación.

Bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las partes al concertarlas piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado el objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesaria: no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilizada, de tal manera que al no alcanzar el resultado hace presumir que no se empleó la necesaria. Basta para evitar toda injusticia, reservar los casos de fuerza mayor, es decir, presumir solamente que la no obtención del resultado se debe a culpa del deudor, pero permitiéndole destruir esta presunción mediante la prueba de que ha encontrado un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer.

Por el contrario, en la de medios la actuación diligente agota la obligación del deudor; así, por ejemplo, la obligación de conservar que impone al obligado a dar alguna cosa, el artículo 1.094 del C.c.: se le exige al deudor que procure a la cosa todos los cuidados de un buen padre de

familia, cuya diligencia contempla el legislador con vistas a salvaguardar la integridad y la existencia de la cosa. Ahora bien, puede suceder que ésta perezca no obstante los cuidados diligentes de que haya sido objeto; pues bien, si el deudor se ha comportado con la diligencia de un buen padre de familia, ha cumplido su obligación aunque la cosa haya perecido, porque su deber consistía en desplegar una cierta diligencia y no en salvar, a cualquier costo, el objeto de su destrucción.

El criterio de la distinción debe ponerse, según se deduce de lo expuesto en el *alea* del resultado¹²⁴. Sin duda que el *alea* está presente en todos los casos, por lo que, incluso en las obligaciones de resultado, es preciso admitir circunstancias de fuerza mayor. Pero en las obligaciones de medios o de diligencia, el *alea* es tal que su incidencia en la

¹²⁴ ALDO BOSELLI, "Alea", «Novísimo Digesto italiano», Tomo 1, Utet, Torino, 1.957, p. 468-476. A su juicio, mientras que el *alea* indica un estado del que es de esperar y temer al mismo tiempo, o sea, la posibilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida, el riesgo expresa el aspecto negativo de esa situación de incertidumbre, en cuanto puede ser empleado para significar más propiamente el peligro de un mal. Ciertamente, parece ser que este significado de la palabra riesgo supone la producción de un daño para el asegurado, que engendra en el asegurador la obligación de indemnizarlo. Pero, en cambio, en los demás contratos aleatorios, la palabra riesgo conserva su doble sentido positivo y negativo, significando la probabilidad en que se encuentra cada una de las partes de experimentar, en virtud del contrato, una ganancia o una pérdida.

Emplean la palabra riesgo, en este sentido de probabilidad alternativa de ganancia o pérdida, FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", Impresión de Paulino Ventura Sabatel, Madrid, 1.884. T.IV, p. 364 y EMILIO VALSECCHI, "Giuoco e scommessa transazione", Vol. XXXVII, Tomo 2 del Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, Antonino Giuffrè, Milán, 1.954, p. 30.

consecución del resultado no permite presumir la culpa del deudor.

Es de tener en cuenta, pues, que la distinción está fundada sobre el objeto de la obligación, y no, como pudiera creerse, sobre el grado de diligencia exigible: y es que el grado de diligencia requerido del deudor puede ser más o menos elevado, como asimismo, sucede en las obligaciones de resultado, según las circunstancias y lo pactado por las partes.

La importancia práctica de esta distinción, podemos decir que se manifiesta en dos terrenos: de una parte, en el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor; de otra, en el establecimiento de la carga probatoria acerca de si se cumple o no, y de la consiguiente responsabilidad en este último supuesto. En efecto, si el deudor no debe más que una prestación de medios o de diligencia, su objeto le obliga únicamente a comportarse como un buen padre de familia y, en consecuencia, no responde sino de culpa; si por el contrario, su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el solo hecho de la inejecución que no encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor y, consiguientemente, con independencia de la diligencia

puesta en la actuación. Para saber si la culpa es una condición determinante de la responsabilidad, el Juez deberá analizar el carácter de la obligación asumida por el deudor. Por ello, esta clasificación permite obtener una evidente seguridad jurídica en toda solución del problema de responsabilidad¹²⁵.

A mi juicio, la sociedad de comienzos de siglo en la que nos encontramos, dicta una serie de comportamientos y también una serie de necesidades. Se busca lo operativo, lo práctico, lo efectivo. Ya no es creíble entablar una relación jurídica basada en la desnuda fiducia¹²⁶, en la sensación de que seremos

¹²⁵ JOSHEP FROSSARD, « *La distinción des obligations de moyens et obligations de resultat* », R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1.965, p. 2.

¹²⁶ PABLO FUENTESECA, "*Derecho Privado Romano*", E. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1.978, pp. 252 a 254: «*FIDUCIA, negocio en el cual el acreedor transmitía al deudor una cosa mediante una mancipatio fiduciae causa. Este negocio solía acompañarse de un pactum fiduciae según el cual el acreedor devolvería la cosa una vez que la deuda le hubiese sido satisfecha. Sucedió a esta fiducia cum creditore una datio pignoris (entrega de prenda) en que el deudor pignorante entregaba una cosa (res pignori data) al acreedor con el pacto de que la conservase en garantía de una deuda propia o ajena y la restituyese en el momento en que el acreedor hubiese sido pagado o de algún modo satisfecho (satisfactio) o bien, si esto no había ocurrido, la vendiese cobrándose con el precio y devolviendo la cantidad sobrante (hyperocha).*

De ahí que no pueda hablarse de la FIDUCIA como de un contrato. Se trataba de una forma real de garantía y la actio fiduciae tendría un carácter penal. La infracción de la fides reaparece aquí como una influencia de la actio fiduciae. La fidelidad consistía en la devolución de la cosa una vez satisfecha la deuda de acuerdo con el antiguo sentido de la fiducia.

JUAN IGLESIAS SANTOS, "*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*", Editorial Ariel, Barcelona, 1.984, pp. 429 y 430: «*Tratándose de FIDUCIA cum amico, la cosa es confiada a persona leal, que adquiere la propiedad en la sola razón y medida del fin que se persigue, y que puede*

correspondidos en el cumplimiento de una obligación, porque en eso consiste el contrato, porque si no hay tal cumplimiento siempre podremos acudir a una indemnización. Pero, ¿y si lo que realmente nos interesa es el cumplimiento de aquello a lo que se obligaron, y en lo que quien cumplió creyó, contratando esa y no otra prestación? ¿Y si nuestro deseo es que se cumpla con lo que para nosotros es válido, con lo que nos movió a contratar, con lo que constituye el auténtico OBJETO del contrato que hemos celebrado?

MANUEL ALBALADEJO¹²⁷ incide en este importante aspecto diciendo que tanto el Código como la doctrina hablan de objeto, pero el concepto de éste es inseguro.

A) El objeto como fin.- Todo negocio persigue un fin; o según la terminología de otros, se propone un objeto. En este

ser de diversa naturaleza: constitución de la cosa en depósito o comodato, antes de que estos contratos fueran reconocidos; transmisión de un esclavo a un tercero con la obligación de manumitirlo; transmisión de la cosa donada con la obligación por parte del donatario de restituirla, si no observa la conducta prefijada -donación modal-; actuación de una donatio mortis causa, en términos tales que la premorienza del donatario determine la restitución de la cosa al donante. El fiduciante tiene a su favor, la actio fiduciae, de carácter infamante; el fiduciario, la actio fiduciae contraria, para reclamar los gastos hechos en la cosa y resarcirse de los daños que ésta le ocasione. La FIDUCIA desaparece en la época postclásica, juntamente con la mancipatio y la in iure cessio, sobre las que se apoyaba. En los textos justinianos su nombre es sustituido por el de las figuras contractuales ahora vigentes; por el de prenda, sobre todo».

¹²⁷ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, "Derecho ... Ob. cit. II", Volumen 2, pp. 262.

JOSÉ LUÍS DE LOS MOZOS, *El objeto del ... Ob. cit.*, pp. 372 y ss.

sentido, si se entiende por objeto el fin, el autor se remite a los apartados relativos a la causa.

B) El objeto como cosa o prestación.- Para nosotros, por objeto, hay que entender "el objeto o cosa" sobre el que versa el negocio. En tal sentido, por ejemplo, es objeto de la compraventa todo lo vendido -cosa- como lo pagado -precio- Y, también, se denomina objeto, no ya a la cosa, sino a la "prestación" a que se viene obligado por razón del negocio. En esta acepción, serían objeto de la compraventa la prestación o conducta del vendedor -que debe transmitir la cosa- y la del comprador -que debe pagar el precio-.

Si al objeto se le dan esos dos sentidos -que se le pueden dar-, no es posible decir que el negocio (es decir, que todos los negocios) tienen un objeto, sino que lo tienen solo los patrimoniales, que recaen sobre cosas (así, ocupación o derelicción) o sobre prestaciones (así, compraventa, arrendamiento). Ahora bien, la realidad es que tanto nuestro Código (por ej., art. 1.261.2 y 1.271 y ss.) como nuestra doctrina y jurisprudencia más extendidas, suelen hablar de objeto en tales sentidos, aunque desde luego sin gran precisión terminológica.

C) El objeto como objeto del negocio.- En mi opinión, si

al hablar del objeto del negocio (de todo negocio) se quiere que el concepto tenga alguna utilidad y no sea repetición de otros (como del de fin), hay que entender por objeto aquello -la realidad- sobre la que el negocio versa, la materia de éste, es decir, los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre que recae la voluntad negocial, o, si se quiere, que se regulan por el negocio.

La sentencia de 5 de Junio de 1978 dice que nuestro Ordenamiento

«... tiende a establecerlo (el objeto) como aquella realidad sobre que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intervención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en cosa propiamente dicha, bien de la naturaleza exterior o procedente del ingenio humano, o en un acto de una persona integrador de prestación».

Las normas del Código que exigen la licitud,

determinación (o determinabilidad) y posibilidad del objeto, pueden referirse al objeto en el sentido que ahora le doy. Teniéndose, pues, como requisitos generales a cualquier clase de objeto: ser posible (art. 1.272), determinado o determinable (art. 1.273) y lícito (no contrario a las leyes o a las buenas costumbres: art. 1271). En este sentido, entre otras, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2007 (EDJ 2007/8509) y de fecha 7 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/325614).

Para LUÍS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN¹²⁸, el que se obliga debe cerciorarse si puede cumplir o no la prestación, es la diligencia que ante todo y sobre todo debe serle exigida. Llegado el momento del cumplimiento, no puede alegar que la prestación era imposible para él desde el principio y a lo imposible nadie está obligado, porque equivaldría a invocar su falta de diligencia para excusarse del cumplimiento. El contrato, en consecuencia, habrá tenido un objeto. Otra cosa son los efectos jurídicos que pueden desencadenarse por su falta de cumplimiento.

La gestora ya tiene la prestación previamente obtenida al contratar con el cliente. Por tanto, existe certeza en el cumplimiento de una atención médica correcta.

¹²⁸ LUÍS DíEZ-PICAZO, y ANTONIO GULLÓN, *Ob. cit.*, II, pp. 44.

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ y MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ¹²⁹ entienden que el incumplimiento de las obligaciones puede construirse, a semejanza de la clásica doctrina de los caracteres del delito, como un acto injusto en que los elementos -generalmente objetivos- de antijuridicidad coexisten con los subjetivos que, en las especies de dolo o culpa, atañen a la culpabilidad. La diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de fines radica en la necesidad de que la falta de diligencia -reverso de la intensidad psicológica con que todo deudor se ha de aplicar a realizar la prestación- se pruebe en las primeras y se presuma en las segundas. El deudor puede prometer al acreedor un resultado o efecto útil siempre que la naturaleza de la prestación o las singularidades del medio en que se opera (pues todo ello pertenece al círculo de la obligación) determine que la obtención del resultado sea consecuencia natural y directa de la ejecución íntegra de la prestación, tal como dispone el art. 1.157 del C.c.:

«No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecha la prestación en la que la obligación consistía»,

¹²⁹ RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ y MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ, "La frustración del fin del contrato. *Obligaciones de medios y de resultado*", «A.D.C.», Madrid, 1.985, pp. 209 a 210.

en relación con el art. 1.098 que dispone:

«Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho»

dándose una correspondencia rigurosa entre plenitud de cumplimiento o pago completo, satisfacción cabal del interés del acreedor. El que, tratándose de obligaciones de resultado, los actos que componen la ejecución del programa contractual no queden obstados por acontecimientos capaces de frenar o desviar su natural eficacia, significa que si el resultado no llega producirse, es porque el deudor no ha cuidado de dar todos los pasos que, al ser constitutivos de una prestación íntegra deberían desencadenar fatal e inexorablemente la consecuencia útil querida por el beneficiario. El fracaso o frustración de la utilidad del acreedor de una obligación de fines es algo que, por completamente acreditado a la luz del art. 1.249

«Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado»

en relación con el art. 1.253 que dispone

«Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»

lleva a presumir que el deudor -en cuyo *iter adimplendi* no se interpuso ningún obstáculo ni elemento de contención- no logró aportar la dosis de animación psicológica que, en caso de haberse alcanzado, provocaría un cumplimiento liberatorio, por no quedar ninguna parcela del interés contractual exenta de la conveniente atención. El deudor de resultado deberá enervar la presunción y demostrar que una concausa externa - pues, por definición, la naturaleza de la prestación no entraña dificultades intrínsecas consustanciales- llegó a paralizar los efectos de la causa eficaz a *se ipsa* para conseguir el fin prometido.

Un mimetismo superficial inclinaría a sostener que de las obligaciones de fines o de resultado no forman parte ciertas obligaciones de hacer. La clasificación de las obligaciones a causa de la morfología de la prestación -dar, hacer u omitir

algo (art.1.088)- se ha pensado en función de un criterio procesal que es la realización del derecho de crédito ejercitado por el acreedor frente al deudor; lo prueba la correlación de los artículos 1.094 y siguientes del C.c., con las reglas que a la ejecución forzosa dedican los Títulos IV y V del Libro III de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La doctrina de las obligaciones de resultados y las obligaciones de medios se construye, independientemente de su morfología, a fin de graduar la medida en que la intensidad psicológica del comportamiento del deudor se tiene en cuenta material -criterios de apreciación de la culpa- y procesalmente -sistema de prueba de la diligencia- para determinar si aquél resulta liberado.

Cuantas veces la naturaleza de la prestación o las condiciones objetivas del medio en que se da no impidan la normal eficiencia causal de la conducta del deudor, que ponga todos los actos constitutivos de la misma, el efecto del *facere* tiene que consistir en procurar al acreedor la utilidad apetecida o, si se prefiere, el colmar su interés. De un mismo tipo de contrato civil, cuya prestación consiste en hacer algo, nacen según los casos, obligaciones de resultado u obligaciones de medios. El arrendamiento de los servicios

consistentes en la limpieza ordinaria de unas dependencias puede caracterizarse porque el arrendador esté en condiciones de dominar físicamente la práctica y perfección de todas las operaciones que conducen al pleno cumplimiento del contrato, de suerte que su realización produzca, sin más, el resultado prometido.

No se concibe entonces un obstáculo que venga del círculo mismo de la obligación y erosione la posibilidad del cumplimiento, dado su automatismo. El mismo contrato, materialmente ejecutado por personal dependiente al servicio del arrendador, incorpora una dosis de riesgo -la conflictividad laboral- condicionante del feliz resultado y determinante de que el arrendador no pueda dominar su producción ni garantizar su integridad. Superando esta distinción, se ve como el encargado de servicios médicos no siempre desencadena el todo de los efectos inherentes a la integridad de la prestación, pues, no obstante emplearse toda la diligencia requerida, el acierto del diagnóstico o la curación del paciente se exponen al riesgo de una acción contraria a la naturaleza. De modo similar, hay obligaciones de dar -piénsese en el generalizado ejemplo de la venta de cosa ajena o futura-, en que el deudor no deja de incluir en la perspectiva de sus cumplimientos los imponderables que se

opongan a que pueda hacer suya la cosa vendida o conseguir que adquiriera la realidad pactada.

A diferencia de las obligaciones de resultado, en que la falta de diligencia del deudor se presume y a él incumbe desnaturalizar la presunción, una obligación de simple actividad se caracteriza por no ser estadísticamente abrumador el dato de que el resultado deba ser consecuencia inflexible de la realización de todos los actos integrantes de la prestación. Ello motiva una reflexión relativa al art. 1.157 del C.c., que, según la perspectiva desde que sea leído, sirve para una y otra clase de obligaciones.

A la luz de esta distinción, el pago -modo extintivo de las obligaciones- siempre ha de ser satisfactorio en las de fines y puede no serlo en las de medios. De ahí, que sea bicompreensiva la fórmula del art. 1.157. Respecto a las primeras, quiere decir que la ejecución íntegra de lo prometido es consecuencia inexorable de haber empleado el deudor la diligencia necesaria en un régimen de causalidad -normal y no entorpecida- para alcanzar la utilidad deseada, mientras que, tocante a las segundas, se indica que la deuda puede estar pagada -recuperando así el deudor su libertad civil- con la ejecución de todos los actos debidos de que la prestación está formada, pero ello no supone siempre que se

satisfaga el interés del acreedor, si este objetivo resulta físicamente inaccesible, a pesar de haberse usado de toda la diligencia que requiere el art. 1.104 del C.c. que dispone

«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia»

Basta que el acreedor no obtenga la satisfacción ofrecida por el deudor de resultado para que la falta de diligencia de éste se presuma, porque no se concibe que el proceso causal - desencadenado en virtud del cumplimiento completo deje de desembocar en el efecto apetecido.

Sólo excepcional e imprevisiblemente se puede interferir otro agente -situado fuera del círculo de control e imputabilidad del deudor -que altere la normalidad de ese ciclo causal, pero el propio deudor habrá de acreditar entonces la patología derivada de la interferencia, probando el evento externo- no el fortuito interno, del que continúa respondiendo- a que se refiere el art. 1.105:

«Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»

La falta de cooperación del acreedor puede impedir que se completen aquellos actos que el art. 1.157 -literalmente entendido- no pone del todo a cargo del deudor, pues la prestación puede consistir en una cooperación del beneficiario que, si no se suma a los actos integrantes de la actuación del obligado, priva también del resultado. La fuerza irresistible o mayor puede inutilizar la ejecución de algunos de los actos que, por parte del deudor e incluso del acreedor, componen la prestación. El razonamiento vale para todas las obligaciones de resultados de dar o de hacer, caracterizadas porque de su naturaleza se desprende que la ejecución integral de la promesa lleva físicamente implícita la puesta de la cosa en poder del acreedor o la adquisición de la plena utilidad del servicio prestado.

Estos autores fundamentan la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado en la intensidad psicológica del deudor plasmada en su empeño por conseguir satisfacer el interés del acreedor. Diligencia entendida como

la realización de todos los actos necesarios y propios de la obligación asumida y que, como consecuencia lógica, debe producir el resultado.

Pero el querer interno del acreedor no contempla el contratar una diligencia debida, no se plantea cómo el deudor podrá cumplir con lo que ofreció. El acreedor únicamente pretende el resultado que como seguro se le ofertó; ese y no otro, para cubrir una necesidad que en la vida moderna se hace cada vez más imprescindible y que es la procura de unos servicios médicos.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ¹³⁰ establece las siguientes consideraciones críticas, sobre la base de que en la actualidad, la mayor parte de los autores, en los diversos Ordenamientos Jurídicos, admiten la distinción entre obligaciones de actividad y de resultado. No existe, sin embargo, unanimidad al tratar de señalar el ámbito de la distinción, no faltando autores que incluso la aplican a la responsabilidad extracontractual, y tampoco existe un total acuerdo sobre las consecuencias que deriven de que la obligación sea de actividad o de resultado.

¹³⁰ ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, *“Las obligaciones de actividad y de resultado”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.993, pp. 35 a 38.

Como destaca GENEVIÈVE VINEY¹³¹, el centro de gravedad de la distinción se sitúa en el momento presente, no tanto en la existencia de la distinción, como en las modalidades de su aplicación.

Se pueden refutar las principales críticas que se dirigen en contra de la distinción entre las obligaciones de actividad y las de resultado.

En primer lugar, la presencia de obligaciones de actividad y de resultado en un mismo contrato no constituye un argumento en contra de la validez de la distinción: existirá una sucesión temporal de obligaciones diferentes, o una yuxtaposición de obligaciones diferentes.

Desde luego, no son acertadas las posturas extremas, que niegan la distinción. ¿Cómo puede asimilarse razonablemente la obligación de un médico a la de un transportista? Ciertamente, las partes contemplan la curación del enfermo, pero el médico no está obligado a lograr este resultado, que constituye el interés primario del acreedor, por ser extraordinariamente

¹³¹ GENEVIÈVE VINEY, "*Les obligations. La responsabilité: conditions*". *Traité de Droit civil* dirigido por Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.982, citado por Antonio Cabanillas Sánchez, *Ob. cit.*, p. 35.

aleatorio, sino a actuar con la diligencia precisa para que el mismo pueda producirse.

La obligación de la gestora consiste en intercambiar atención médica correcta por un precio. No en garantizar la curación del cliente, que no podría estar nunca *in obligatione*.

Nadie puede negar que el cumplimiento de cualquier obligación de resultado impone siempre una determinada diligencia al deudor. Pero, este dato, no impide afirmar que el objeto de la obligación es la plena satisfacción del interés primario del acreedor, por lo que no existe cumplimiento si el deudor no lo consigue, a pesar de haber actuado diligentemente. En el plano jurídico, el deudor no solo se compromete a obrar con diligencia, sino a que dicho resultado se produzca. Es contrario a la realidad, decir, como ANDRÉ PLANCQUEEL¹³², que el deudor no promete nunca un resultado, salvo en los casos rarísimos, en que acepta ser garante de cualquier suceso constitutivo de fuerza mayor. La excepción que pone PLANCQUEEL destruye su propia argumentación, pues si cabe tal excepción, ¿por qué no va a

¹³² ANDRÉ PLANCQUEEL, "*Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelle en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)*", «Revue trimestrielle de Droit civil», Dalloz, París, 1.972, pp. 335 a 336, citado por Antonio Cabanillas Sánchez, *Ob. cit.*, p. 36.

poder establecerse que el deudor se obligue a la plena satisfacción del interés primario del acreedor?

También es inexacta la tesis de GEZA MARTON¹³³, rechazando la distinción por considerar que toda obligación es de resultado.

LUIGI MENGONI¹³⁴ ha puesto de relieve que, aun considerando que en toda obligación existe un resultado debido, tiene pleno sentido la distinción de las obligaciones de resultado y de medio o actividad.

Para este autor, la distinción es aceptable como expresión de una mayor o menor amplitud del resultado debido respecto del interés final del acreedor. No es concebible una relación obligatoria en la que esté excluido el momento del resultado debido. Sin embargo, implica un planteamiento simplista (se refiere al de MARTON) el tener en cuenta este dato para rechazar la distinción de las obligaciones de comportamiento y de resultado. La objeción (de MARTON y otros) no puede ser ignorada, pero sirve tan solo para poner en

¹³³ GEZA MARTON, "*Obligation de résultat et obligation de moyens*", en «*Revue trimestrielle de Droit civil*», Dalloz, París, 1.935, pp. 335 a 336, citado por Antonio Cabanillas Sánchez, *Ob. cit.*, p. 36.

¹³⁴ LUIGI MENGONI, "*Obbligazioni di risultato e obbliazioni di meci*", «*Rivista del Diritti Commerciale*», Piccin Novua Libreria, s.p.a., Padova, 1.954, p. 188, citado por Antonio Cabanillas Sánchez, *Ob. cit.*, p. 36.

evidencia el escaso rigor del lenguaje adoptado por RENÉ DEMOGUE¹³⁵ y sus seguidores, imputable a un defecto de planteamiento desde el punto de vista lógico formal. Rectificando el ángulo de visión dogmática, reconociendo que la unidad del concepto de obligación no puede ser puesta en cuestión por la distinción, ésta permanece sustancialmente intacta. La misma no quiere indicar la ausencia de determinadas obligaciones de un resultado debido, lo que sería absurdo, sino, más bien, separar las relaciones obligatorias en dos categorías caracterizadas por una mayor o menor correspondencia del término final de la obligación (resultado debido) al término inicial, esto es, al interés del que la obligación deriva su origen.

A nuestro juicio, no debe ser rechazada la distinción entre las obligaciones de resultado y de actividad. La distinción atañe al contenido de la relación obligatoria, indicando determinadas características de la prestación debida. Indica dos tipos de prestaciones. En algunos casos, debe obtenerse completamente el resultado que satisface el interés primario del acreedor, por lo que si tal resultado no se alcanza, existe incumplimiento. En otros casos, en cambio,

¹³⁵ RENÉ DEMOGUE, "*Traité des obligations en général*", Volumen I, Sources des obligations, Arthur Rousseau, París, 1.925, citado por Antonio Cabanillas Sánchez, *Ob. cit.*, p. 36.

su falta de realización no implica por sí mismo, incumplimiento.

Puede considerarse, como destaca MENGONI, que la conducta diligente del deudor en el cumplimiento de la obligación de actividad constituye ya un resultado para el acreedor, pero es indudable que es distinto del resultado esperado por el acreedor, que se traduce en la plena satisfacción de su interés primario.

Es evidente que existe una diversidad de posibles resultados, y es indudable que hay que atender a la concreta obligación de actividad para determinar la diligencia exigible al deudor, pero este dato no constituye en modo alguno un argumento en contra de la distinción, aunque sí pone de relieve la relatividad de la misma.

Por todo lo dicho, no puede negarse la utilidad de la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado. Si bien, conviene evitar equívocos, algunos de los cuales ya hemos puesto de relieve.

Ante todo es importante subrayar que el interés del acreedor está presente en el objeto de toda obligación, sea de actividad o de resultado. El programa de prestación está

dirigido a dar satisfacción al interés del acreedor. Y este interés forma parte del objeto de toda obligación.

En las obligaciones de resultado, la satisfacción del interés primario del acreedor (el resultado) es plenamente exigible, de tal manera que si el deudor no lo logra se produce el incumplimiento de la obligación.

En las obligaciones de actividad, la satisfacción del interés primario del acreedor es sólo potencial, por lo que el hecho de no lograrse no determina el incumplimiento del deudor, si actuó con la diligencia debida al desarrollar la actividad de cumplimiento.

La diferencia no estriba en el grado de diligencia. La conducta diligente es exigible por igual en las dos categorías de obligaciones. En ambas existe un programa de prestación orientado hacia la satisfacción del interés primario del acreedor (la curación del enfermo, la victoria en el juicio, etc.), y no solo en las denominadas obligaciones de resultado.

Cuando hablamos de obligaciones de resultado estamos aludiendo a aquellas obligaciones en que el deudor garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor, y cuando nos referimos a las obligaciones de actividad, aludimos a las

obligaciones en que no existe dicha garantía, debido fundamentalmente a la incerteza o aleatoriedad para satisfacer el interés primario del acreedor, es decir, el resultado que el acreedor espera.

La selección de posturas críticas que proporciona J. MIGUEL LOBATO GOMEZ¹³⁶ es en extremo interesante, y así, siguiendo sus palabras, podemos decir que, si se dejan al margen las posturas críticas que encierran un objetivo puramente metodológico, y no pueden ser atendidas en esta sede, pues por no admitir la posibilidad de una bipartición entre una responsabilidad objetiva y una responsabilidad subjetiva, rechazan esta clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, en cuanto permite justificar que la responsabilidad contractual reposa tan pronto sobre la culpa subjetiva, como sobre la base de una constatación puramente objetiva, la no obtención del resultado prometido, las opiniones opuestas a esta clasificación pueden sintetizarse del siguiente modo:

A. Aquéllas cuyo argumento consiste en afirmar que la distinción comporta una visión falseada, simplista o deformante de la realidad jurídica, pues entienden que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una

¹³⁶ J. MIGUEL LOBATO GOMEZ, *Ob. cit.*, pp. 665 a 676.

distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple.

A.1. Así, hay autores que han criticado la distinción, argumentando que, en definitiva, todas las obligaciones apuntan a la obtención de un resultado¹³⁷, e incluso, en una posición extrema que apunta mucho más lejos, que todas las relaciones obligatorias son de resultado¹³⁸.

En consecuencia, se dice que sería utópico aislar el resultado de los medios que deben conducir a él, pues la asunción de una obligación, sea de la naturaleza que sea, se

¹³⁷ PAUL ESMEIN, *"Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la délictuelle"*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», Dalloz, París, 1.933, pp. 627 y ss.; GABRIEL MARTY y PIERRE RAYNAUD, *"Droit civil"*, II-1°, Les obligations, París, 1.962, pp. 504 a 505; MICHELE GIORGIANNI, *"Obbligazione (Teoría generale)"*, Novissimo Digesto italiano, XI, Torino, 1.965, p. 581; PAOLO ZATTI, *"Diritto civile"*, CEDAM, Padova, 1.988 (3ª ed.), p. 92, que resume el argumento afirmado: « ... La distinción, sin embargo, es discutible, porque un cierto resultado está siempre contemplado en la obligación; el médico, por ejemplo, no está obligado a curar, pero debe obtener la mayor mejoría posible. De otra parte, la sola negligencia no crea responsabilidad en las susodichas obligaciones de medios, si no se produce un resultado malo (en caso de curación es muy difícil hacer valer la negligencia del profesional)».

Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 665.

¹³⁸ GEZA MARTON, *Ob. cit.*, pp. 510 y ss, donde afirmaba (pp. 517-518): «No existen dos clases de obligaciones. Solo hay obligaciones de resultado. Lo que se ha dado en llamar obligaciones de medios no son sino obligaciones en las que el resultado se ha precisado de manera estrecha, fragmentaria y parcial, siempre alusivas a un fin más amplio».

PIERRE VIGNY, *"Responsabilité contractuelle et force majeure"*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», Dalloz, París, 1.935, pp. 42 y ss. Citados

encamina siempre y necesariamente a la obtención del resultado previsto por las partes. En todo contrato, lo que el deudor se compromete a realizar, es a procurar los medios idóneos para obtener un cierto resultado que satisfaga al deudor. Tomando como ejemplo la obligación de cuidados médicos, que se presenta siempre como el prototipo de la obligación de medios, observan estos autores que el resultado buscado tanto por el médico como por el enfermo es la mejoría del estado del paciente, por lo que se trata de un resultado. Y la prueba que ofrecen es que si el tratamiento o la operación ha producido ese resultado, jamás será exigida responsabilidad al médico, incluso si los medios empleados por éste pueden ser censurables o criticables.

En este mismo orden de cosas se afirmará, por otra parte, que es imposible obtener el cumplimiento adecuado de una obligación de medios que no suponga, al menos, la obtención de ciertos resultados intermedios (en el caso del médico, la práctica de una operación, la prescripción de un tratamiento, la realización de un examen o de unas pruebas médicas, etc.), con lo que la obligación de medios sería, en todo caso, una sucesión de obligaciones de resultado¹³⁹.

por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

¹³⁹ PHILIPPE LE TOURNEAU, "*La responsabilité civile*", Dalloz, París, 1.982 (3ª edic.), p. 405. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

A.2. Con una perspectiva contrapuesta pero similar, otros autores, por el contrario, consideran que toda obligación supone el empleo de determinados medios, y, consiguientemente, todas las obligaciones podrían considerarse como de medios¹⁴⁰, incluso las encaminadas a producir un determinado resultado como las obligaciones de dar.

En este sentido, se afirmará que el resultado previsto no podrá ser alcanzado en tanto el deudor no actúe desplegando una cierta conducta, en tanto no desarrolle un determinado comportamiento, que habrá de estar integrado necesariamente, por los medios humanos y técnicos precisos para producir el resultado que el acreedor espera obtener. En consecuencia, toda obligación contractual, según esta postura, tiene por objeto una cierta conducta del deudor, una cierta diligencia que permite calificarla de obligación de medios.

A.3. Se podría añadir a los argumentos señalados, un nuevo argumento crítico complementario de los mismos,

¹⁴⁰ JOSHEP FROSSARD, *Ob. cit.*, pp. 76 y ss.; MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *“La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general”*, Editorial Reus, Madrid, 1.989, p. 259; EUGENIO LLAMAS POMBO, *“La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos”*, editorial Trivium, Madrid, 1.988, p. 71; PASCUAL MARÍN PÉREZ, *“Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales”*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Volumen I, art. 1.088 a 1.121, EDERSA, S.L., Madrid, 1.989, p. 88. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

señalando que muchos contratos implican simultáneamente obligaciones de los dos tipos: de medios y de resultado. El médico, normalmente sujeto a una obligación de medios, puede estar sujeto a una obligación de resultado respecto de los aparatos que utiliza o respecto de las pruebas que realiza¹⁴¹; 1º) el transportista terrestre puede estar sucesivamente sujeto a una obligación de medios hasta que el viajero se ubica en el medio de transporte, a una obligación de resultado que tiene por objeto desplazar al viajero hasta su destino; y, 2º) nuevamente, por una obligación de medios desde que desciende del medio de transporte, hasta que abandona el andén¹⁴²; aquí, pudieran confundirse los medios con el objeto en el contrato de transporte. Por lo que respecta a la actuación del abogado, éste se compromete a prestar sus servicios con diligencia en la dirección técnica de un proceso sin prometer un resultado determinado, pero simultáneamente, está sujeto a una obligación de resultado en lo que se refiere a la realización dentro del plazo, de ciertos actos procesales, etc.¹⁴³. Cabría pensar que los mencionados actos

¹⁴¹ BORIS STARK, "*Droit civil. Obligations*", 2, (2ª edic. revisada por Henry Roland y Laurent Boyer), Librairies Techniques París, 1.986, pp. 350 y ss.; PHILIPPE MALAURIE y LAURENT AYNES, "*Droit civil. Obligations*", Cujás, París, 1.986, p. 473. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

¹⁴² BORIS STARK, *Ob. cit.*, pp. 359 y ss.; ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRÉ, "*Droit civil. Obligations*", Précis Dalloz, París, 1.980, pp. 450 a 451. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

¹⁴³ PHILIPPE MALAURIE y LAURENT AYNES, *Ob. cit.*, p. 473. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

procesales forman parte, para el abogado, de su obligación de resultado, consistente en atender al cliente, no en ganar el juicio.

A decir verdad, estas objeciones no parecen ni muy serias ni muy convincentes. Y no sólo por centrarse en una crítica puramente terminológica que deja imprejuizada la diferencia sustancial entre ambos tipos de obligaciones¹⁴⁴.

En efecto, como se ha puesto de relieve, la presencia de obligaciones diferentes en un mismo contrato no es un obstáculo a lo acertado de la distinción. Hay sucesión en el tiempo de obligaciones diferentes o yuxtaposición de obligaciones diferentes para prestaciones diferentes¹⁴⁵. Lo cual no deja de ser bastante lógico.

De otro lado, no se puede negar que la concreta ejecución de cualquier obligación, incluidas las de resultado, comporta una actividad e impone siempre una cierta diligencia del deudor. Pero esto no impide afirmar que, en ciertos casos, el

¹⁴⁴ LUIGI MENGONI, *Ob. cit.*, p. 188; FRANCISCO JORDANO FRAGA, *"La responsabilidad contractual"*, Editorial Civitas, Madrid, 1.987, p. 175. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 667.

¹⁴⁵ PHILIPPE LE TOURNEAU, *Ob. cit.*, p. 405; GÉRARD FARJAT, *"Droit privé de l'économie. Théorie des obligations"*, Presses universitaires de France, 19, París, 1.975, p. 36. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 667.

acreedor contrata para obtener un resultado final que espera con certeza, por ejemplo, la entrega de la cosa o el transporte de un lugar a otro. Psicológica y materialmente el acreedor espera un resultado tangible, y como la experiencia enseña que en la mayoría de los casos los resultados son esperados como tales, es perfectamente admisible hacer recaer directamente la obligación del deudor sobre el resultado esperado.

Como señala muy gráficamente BERNARDO MORENO QUESADA¹⁴⁶:

«... Bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las parte, al concertarlas piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado el objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesaria; no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilizada, de tal manera que al no alcanzar el resultado hace presumir que no se empleó la necesaria».

¹⁴⁶ BERNARDO MORENO QUESADA, *Ob. cit.*, p. 475. En el mismo sentido MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Ob. cit.*, p. 260. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 667.

Es decir, la exactitud de la observación de que el cumplimiento de toda obligación comporta una cierta actividad y una cierta diligencia en el deudor, no modifica en nada las cosas, pues no impide que existan dos clases de obligaciones: aquéllas en las que con la diligencia normalmente requerida se alcanzará con seguridad el resultado pactado, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y aquellas otras en las que el comportamiento diligente es el único objeto de la obligación, ya que normalmente la eficacia de este comportamiento será más aleatoria en orden a la finalidad querida por el acreedor al contratar.

Por lo demás, es también muy cierto que las partes al celebrar un contrato toman siempre en consideración la producción de un cierto resultado¹⁴⁷, pero ello no impide que este resultado pueda ser excluido del objeto de la obligación.

A mi entender, en una gestión de servicios médicos sin resultado, la obligación de la gestora carecería de objeto y de

¹⁴⁷ Este es el sentido acogido por la doctrina dominante: PHILIPPE LE TOURNEAU, *Ob. cit.*, p. 406; ANDRÉ PLANCQUEEL, *Ob. cit.*, p. 334; LUIGI MENGONI, *Ob. cit.*, p. 188; PIETRO RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1.988, p. 604; CARLO LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1.974, p. 514; ANNAMARIA PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, E. Jovene, Napoli, 1.983, p. 44; FRANCISCO JORDANO FRAGA, F., *Ob. cit.*, p. 175; MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Ob. cit.*, p. 267. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

diligencia; es decir, del sentimiento jurídico exigible para el cumplimiento efectivo.

Es decir, no deben confundirse aquellos supuestos en los cuales la prestación consiste propiamente en un resultado cierto y determinado, en ellos el resultado está *in obligatione*, con aquellos otros en los que las partes esperan un resultado (fin práctico) del cumplimiento de la prestación, esto es, un resultado material derivado de un comportamiento diligente del deudor que puede producirse o no de forma aleatoria. En este caso el deudor se compromete a actuar diligentemente los medios a su alcance para procurar el resultado al acreedor, se obliga sólo a actuar diligentemente¹⁴⁸. Son, pues, obligaciones en las que la propia diligencia del deudor se hace objeto de la obligación, permaneciendo fuera del contrato el resultado o fin práctico querido y buscado por las partes. Si el deudor actúa diligentemente, cumple la obligación, con independencia de la obtención o no del resultado pretendido.

¹⁴⁸ BERNARDO MORENO QUESADA, B., *Ob. cit.*, p. 475. En el mismo sentido MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Ob. cit.*, p. 260: «El deudor cumple con su programa de prestación observando el esfuerzo o actividad debido. Con ello se agota un interés primario, y el interés definitivo o final, que es hacia lo que está orientado el comportamiento del deudor, al ser incierto, hace que el deudor quede liberado si desplegó esa buena conducta. Se da, pues, un doble juego de intereses en el objeto de la obligación: un interés final aleatorio, al que se aspira, y un interés primario, que se satisface con la actuación profesional diligente». Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 667.

En el contrato de servicios médicos las partes consideran, a buen seguro, la curación; pero, lo que se exige al médico no es esta curación, es la utilización diligente y correcta de los medios que, en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas, son consideradas como las más apropiadas para alcanzar la mejoría del estado del paciente. Y, si en caso de curación consecutiva al empleo de medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia, no se incurre en responsabilidad, no es porque la obligación no haya sido cumplida, sino porque, en tal caso, no existe perjuicio.

En resumen, como señala LUIGI MENGONI¹⁴⁹, en las llamadas obligaciones de resultado, el resultado debido consiste en una realización final con la que se satisface plenamente el fin económico del acreedor, el interés que ha determinado el nacimiento del vínculo; por el contrario, el objeto de las obligaciones llamadas de medios, es sólo un comportamiento cualificado por un cierto grado de conveniencia o utilidad, en orden a aquel fin, cuya realización no está en sí misma comprometida en la órbita de la relación obligatoria. Es decir, aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) es un comportamiento con arreglo a un

¹⁴⁹ LUIGI MENGONI, *Ob. cit.*, pp. 190 a 191. Citados por J. Miguel

modelo de conducta (la diligencia técnica o no), y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física.

Por todo ello, puede señalarse que la objeción a la que nos referimos se basa en un equívoco derivado de asimilar e identificar prestación debida y resultado. Pero aunque toda obligación lleva consigo una prestación, la naturaleza de la misma es muy diferente según consista en conseguir un resultado determinado o, tan sólo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.

Prestación debida y resultado no son cosas distintas, son el objeto mismo para ambas partes contratantes. El cliente asume y realiza su prestación de dar; la gestora asume y ha realizado su prestación de hacer.

B) En otro orden de cosas, se ha criticado la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado señalando que es empobrecedora de la realidad, pues en la vida jurídica real nos encontramos con obligaciones de contenido infinitamente variado; que las dos categorías que se pretenden oponer no son homogéneas, y que, consiguientemente, es una clasificación arbitraria de las obligaciones infinitamente variadas que se

derivan, como consecuencia lógica, del juego del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual. Pero ello, más que una negación, lo que pone de manifiesto es que las obligaciones no pueden ser reconducidas a una de estas categorías contrapuestas si no es con ciertos matices correctores¹⁵⁰, evidenciando las dificultades de encajar las obligaciones en una de estas categorías de forma rígida y la existencia de ulteriores subcategorías en cada una de ellas.

De una parte, se indica la existencia de diversos grados en las obligaciones de medios según los casos y las circunstancias que concurran debido a la variedad que puede presentar su contenido, pudiendo oscilar desde una relativa indulgencia para el comportamiento del deudor hasta un grado sumo de severidad. Y en este último caso, cabe preguntarse si no nos encontramos realmente con una obligación de resultado¹⁵¹. La obligación de medios exige, pues, un análisis

¹⁵⁰ PAUL ESMEIN, *Ob. cit.*, p. 110; ID., en *Obligations*, T. VI, 1ª parte, en "*Traité pratique de droit civil français*" de MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, París 1.952, pp. 492 y ss.; GABRIEL MARTY y PIERRE RAYNAUD, *Ob. cit.*, pp. 504 a 505; ALEX WEIL y FRANÇOIS TERRE, *Ob. cit.*, p. 445; PHILIPPE LE TOURNEAU, *Ob. cit.*, p. 407; FRANÇOIS WERRO, F., "*La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle*", «*Revue de Droit Suisse*», 1.989, pp. 264 y ss. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

¹⁵¹ PHILIPPE MALAURIE y LAURENT AYNES, *Ob. cit.*, p. 369, que pone de relieve el problema señalando que entre las obligaciones de medios y de resultado en su estado puro, existen categorías intermedias en función del contenido de la obligación contractual; hay obligaciones de resultado ligeras y obligaciones de medios reforzadas. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

concreto de la situación, que no se revela tan necesario cuando se trata de obligaciones de resultado¹⁵².

De otra parte, se intenta poner de relieve la existencia de dos categorías fundamentales en las obligaciones de resultado:

a) la obligación de resultado ordinaria, que, cesa en presencia del caso fortuito, y

b) la obligación de resultado absoluta, en la que el deudor está igualmente obligado aun en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, como es el caso de las que tienen por objeto el pago de una suma de dinero o la entrega de cosas fungibles¹⁵³.

Ciertamente, las críticas han de ser tomadas en consideración, pues contienen buena parte de verdad, y como ha

¹⁵² BORIS STARK, *Ob. cit.*, pp. 340 y ss.; GEORGES DURRY, "Quelques exemples d'application de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat", «Revue Trimestrelle de Droit Civil», Dalloz, París, 1.974, p. 429. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 671.

¹⁵³ BORIS STARK, *Ob. cit.*, p. 341 y ss., aunque se ha observado, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Ob. cit.*, p. 407, que en este caso, la exoneración de responsabilidad al deudor procede, no de la existencia de una categoría especial de la obligación de resultado, sino de que no concurre el requisito de la fuerza mayor. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 671.

puesto de relieve GENEVIÈVE VINEY¹⁵⁴, revelan los límites y los matices que es preciso introducir en la utilización de la clasificación estudiada, pero no llegan a desnaturalizarla, ni la privan de su interés teórico, ni de su alcance práctico. Esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la nueva *summa divissio* de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones (ni siquiera de las contractuales), ni ser aplicada mecánicamente y a priori por categorías de contratos¹⁵⁵, pero lejos de ser una pura "vanidad escolástica"¹⁵⁶ sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación o del contenido de la prestación, si se prefiere, y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y de su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide, obviamente, la

¹⁵⁴ GENEVIÈVE VINEY, *Ob. cit.*, p. 633. En parecido sentido se manifiesta FRANÇOIS WERRO, *Ob. cit.*, pp. 264 y ss., afirmando (p. 266) que «... malgré ses difficultés, la distinction présente cepedant un avantage déterminant: elle révèle un régime de responsabilité différencié, adapté à la diversité des engagements contractuelles que l'on constate surtout en matière d' obligations de faire». Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 671.

¹⁵⁵ PHILIPPE REMY, "Nota a l'arrêt de 22 jun 1.983", *civ. 1^a*, «Revue Trimesrelle de Droit Civil», Dalloz, París, 1.984, pp. 119 y ss. Del mismo modo, PHILIPPE MALAURIE y LAURENT AYNES, *Ob. cit.*, p. 312, señalan que el objeto de las obligaciones del contratista varía según los casos entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, "con la relatividad que requiere esta clasificación". Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

¹⁵⁶ PHILIPPE REMY, *Ob. cit.*, p. 120. Citados por J. Miguel Lobato Gómez, *Ob. cit.*, p. 666.

admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio.

La construcción de la división entre obligaciones de medios y de resultado y sus diferencias, tras las magníficas opiniones doctrinales expuestas, no puede, sin embargo, dejar de ser objeto de constante investigación y naturalmente, de aportaciones, que si bien a simple vista tratan de abundar en lo ya relatado, de su análisis pormenorizado pudieran extraerse consecuencias que solo intentan arrojar más luz en esta incesante y no pacífica polémica doctrinal.

El establecimiento natural de la relación obligatoria es pieza primordial y necesaria para poder abordar sin prematuras desviaciones la problemática que nos ocupa. Es decir, que del planteamiento de la relación jurídica BASE se desprenderán las apreciaciones que son óptimas para fijar el resultado como actividad o como realidad.

Si aceptado está, el que cuando se contrata se produce una acuerdo de voluntades y que dicho convenio lleva dentro de sí el QUERER de cada una de las partes, en ese QUERER estriba, radica la intencionalidad de los recíprocamente autoobligados (porque ellos quieren QUERER) a satisfacerse mutuamente.

Ambas partes consienten en lo que necesitan, porque si no, no contratarían, porque cuando se quiere no se contrata un tal vez se puede, el querer conlleva el poder, y en su inseparabilidad se conforma, se plasma, la voluntad íntima, la vis atractiva de las partes.

Esta simbiosis se nos debe presentar como incuestionable (QUERER-PODER), porque de ella se deriva la situación alcanzada (esperar lo conseguido) por el acreedor que ya ha cumplido con su parte al contratar, abonando un precio para cubrir un suceso cuya posibilidad de producción en pura lógica, es tan certero como indeseado.

La posible enfermedad del acreedor a los servicios médicos, queda así conjurada en cuanto a su atención por el cuadro médico dependiente de la GESTORA. Es decir, si se cumplió fue porque se daba por segura la realidad, la oferta del deudor. El cliente QUISO Y PUDO, no existe incertidumbre en su conducta, en su hacer, pagando. La obligación es algo más que compromiso, es obligación.

La voluntad íntima del acreedor configura su deseo de alcanzar lo que pretende, satisfacer su necesidad. Quiere y puede, luego hace, y no cabe que el deudor no haga, pues si él

hizo patente su querer-poder contratando, espera la recíproca por parte del deudor que también contrató.

a) Esperar lo conseguido, es decir: La atención médica al contratar, es obtener un resultado previamente ofertado y establecido por el deudor, al que el acreedor se adhirió aceptando. El deudor no puede convencer al acreedor, al cliente con simple palabrería, con un querer de dudoso poder. Si la contraparte cree, no es por fe, es por pura convicción en la certeza de la oferta, en que su necesidad estará cubierta aceptándola.

El acreedor examina en primer lugar su realidad, posteriormente, analiza la realidad que le rodea, su realidad le indica que para mejorarla, para cubrir eventuales contingencias en cuanto a su salud, debe asegurar, en la medida de lo posible, su esperanza de vida, gozando de algo tan deseado como preciado: la tranquilidad de saber que será atendido en todo caso, siempre y cuando cumpla con lo que se comprometió al contratar: el pago del precio correspondiente, que es la contraprestación que él hace, porque sabe que ya tiene la otra del deudor, que pese a no hacerse aún patente pues el evento de la enfermedad, aún no se ha producido, no por eso deja de existir en la mente del acreedor, y lo que es más jurídico, en la realidad del contrato.

La solidez de la convicción del futuro cliente es tan verdadera que el querer interno, el proceso en virtud del cual se desarrolla en él la necesidad, se hace tan riguroso, que ese QUERER íntimo se transforma en su realidad insatisfecha. Ya no puede prescindir de su propia situación, debe ahora analizar la realidad que le rodea, porque en esa realidad se encuentra la satisfacción que él demanda. La voluntad juega su papel determinante, quiere y PUEDE contratar, eso es lo que necesita, y nada más.

b) La declaración que el contratante emite y a través de la cual su voluntad es conocida, tanto por el otro contratante como por las demás personas: la materialización del sentir íntimo del contratante, debe ponerse en relación con la oferta correspondiente extraída del propio dinamismo económico de la sociedad actual. El aceptante potencial examinará aquellas proposiciones que, a su juicio, sean más ventajosas. Sopesará si su manifestación de voluntad, es decir, la plasmación de su QUERER encuentra la correspondencia adecuada. Su interés no radica solamente en cubrir la necesidad. Debe asegurarse antes, de que aquello que desea encaja perfectamente con lo que le ofrecen.

El interés del contratante quiere hacerse patente. Su exteriorización conlleva la traducción del deseo en palabra y de ésta en letra.

Pero lo que ahora interesa, es precisar el nivel de satisfacción buscado y percibido por el cliente. Es decir, si su manifestación de voluntad se ha producido como consecuencia de un encuentro, el del deseo que pretende solución con la oferta que lo llena, o si por el contrario, la satisfacción del sujeto que quiere contratar y lo hace no encuentra la debida correspondencia, pues cree haber conseguido lo que íntimamente perseguía y la realidad se muestra diferente.

En otras palabras, si la obligación por él asumida, aceptada y ya pagada, tiene como contrapartida otra en los mismos términos de cumplimiento. No de querer y prometer cumplir, sino de hacerlo cuando llegue el caso, coincidiendo claro está, con el interés de quien cumplió.

c) Lo que puede llamarse la voluntad o intención común, es decir, aquella zona donde las dos declaraciones (o más declaraciones) coinciden, pues es evidente que el contrato supone esa zona de coincidencia. Si las declaraciones no se cruzasen habría disenso o desacuerdo pero no contrato: La primera cuestión a resolver es si la coincidencia se produce

solo en las declaraciones de voluntad, o en el sentido o intención de las mismas, ya que se pueden estar manifestando voluntades diferentes. La declaración de voluntad no conlleva necesariamente precisión en cuanto a la interpretación de su contenido.

Puede existir acuerdo en el querer, más no en cómo éste se verá cumplido. Ambas partes han cruzado lo que quieren ¿pero el compromiso es el mismo? ¿Ambos declarantes deben lo que piensan? ¿Y lo que piensan se corresponde con lo que están contratando mediante sus respectivas declaraciones de voluntad?

Desde la posición del posible cliente, es de fácil entendimiento que para obtener la materialización de la prestación ya conseguida al contratar debe estar enfermo y por tanto, recibir lo conseguido que es la atención médica, a cambio de su ya materializada prestación que es el pago del precio correspondiente. Es decir: él ya ha hecho y el resultado de su prestación es el propio pago. ¿Ha hecho lo mismo la contraparte? Al ya cliente no se le exige que haga para cuando se produzca el evento de su enfermedad, sino que haga, haciendo que es pagando el precio por anticipado, él ya ha hecho patente su prestación: Ese es el resultado querido por la contraparte. Esta lo quiere ahora, al contratar, y no

cuando el riesgo de la enfermedad se traduzca para la contraparte en obligación que debe cumplir pues ya no es tal riesgo sino enfermedad.

Se puede distinguir entonces una sola prestación proyectada en dos momentos de una misma realidad: La propia prestación contratada, en un primer momento el evento de la enfermedad aun es posible pero no manifiesto: el cliente ya ha cumplido con lo que le incumbe pagando, luego ya cumplió y no precisamente intentando hacerlo, o lo que es lo mismo, bastando con poner todos los medios que sean necesarios para conseguir realizar el pago, ya pagó porque esa y no otra es la prestación querida por la contraparte.

En un segundo momento, y si sigue al corriente de pago - es decir, que está continuando con la misma prestación- querrá igualdad en el contenido de ambas prestaciones: La suya como cliente que ya cumplió y cumple pagando, y la de su contraparte cubriendo el riesgo vendido de la factible enfermedad, materializando la atención médica conseguida cuando el cliente caiga enfermo.

¿Se puede concebir una desigualdad en las recíprocas prestaciones al contratar? ¿O es que acaso se contrata la

causa como fin práctico buscado y alcanzado solo para una parte, pero de insegura consecución para la otra?

El cliente ya cumplió ¿Existe igualdad en las recíprocas prestaciones si no se entiende que la oferta de la contraparte aceptada por el cliente mediante su consentimiento manifestado en la propia declaración de voluntad es el resultado buscado y conseguido por éste al contratar?

Cuando las partes celebran un negocio jurídico, dan por cierto satisfacerse mutuamente en sus pretensiones. Si una de las partes ya hizo pagando, o bien se entiende que la otra hizo también lo propio haciendo al contratar que su oferta sea el resultado para la otra y no esperando a que se presente la enfermedad para hacer. Esta sería una primera interpretación. O bien, la parte que ya cumplió pagando, espera de la otra el compromiso de un hacer para después. Esta sería la segunda interpretación.

Sin embargo, ¿el compromiso de ambas partes sería el mismo? El cliente, para serlo, deberá abonar el precio de la oferta que se considera la prestación de la contraparte, se le pide que lo haga y haciéndolo pase a convertirse en eso, luego su cumplimiento, su prestación que consiste en pagar se produce en el mismo momento de la contratación, si no cumple

en ese instante, no hay contrato. Ese es el resultado esperado por la contraparte, más que esperado ya lo tiene ésta.

¿Tiene el cliente el mismo resultado de la suya? Evidentemente, si consideramos que el compromiso de éste, no se entiende como tal y sí como hecho probado el pago, que además es requisito imprescindible para poder practicar la contratación, nos encontramos con que el cliente ya ha cumplido, y en justa reciprocidad quiere algo que ya tiene al aceptar la oferta y que es la realidad de la misma, quiere la materialización de ésta: La entrega del listado con los médicos y centros hospitalarios donde será atendido EN TODO CASO si es que en eso consiste el concepto de la oferta.

1.3. OBLIGACIONES DE PURO HACER Y RELATIVAS A COSAS.

Volviendo a los criterios clasificatorios de MORENO QUESADA, la tercera clasificación que propone, en cuanto a las obligaciones con prestación de hacer, lleva por título: De puro hacer y relativas a cosas, donde desde el punto de vista del objeto entiende que mientras hay unas -en el polo opuesto a las obligaciones de dar- que no inciden de modo alguno sobre cosas, hay otras que, de una u otra manera, hacen referencias a cosas concretas; claro es que estas cosas, por tratarse de

obligaciones de hacer, quedan en un plano secundario respecto al comportamiento que constituye su objeto. Es esta una distinción interesante, porque en las que podemos llamar obligaciones de hacer puras, el actuar debido se agota en una conducta desconectada por completo de cualquier cosa o ente objetivo: tal sería, por ejemplo, un recital de canto o la realización de una encuesta; en ellas, la prestación, o actividad debida, no produce una modificación del mundo exterior sino mediante la recepción por otros sujetos de la actividad misma.

Al contrario, en el otro grupo, que es también el más numeroso, el actuar del deudor hace referencia a una cosa aunque, como he advertido, dicha cosa quede en un plano secundario, como una simple referencia pasiva; pero siempre jugando un papel en la obligación: en algunas hipótesis, el *facere* tiende a la producción de una cosa, de tal manera que ésta constituye el resultado de la prestación, el "hecho" (por ejemplo, en la obligación de construir un edificio). En otros casos, la prestación de hacer, aun refiriéndose a una cosa, aun siendo ésta el punto de referencia objetivo de la actividad del deudor, no tiene por objeto una cosa: tal sucede, por ejemplo, cuando la cosa preexiste a la relación y, por ende, no constituye el resultado de la prestación, como es el caso del transporte o custodia; en ellas la cosa que debe

ser custodiada o transportada existe independientemente de la actividad del deudor y la prestación no la tiene en su objeto a ella misma, sino a una utilidad que a ella se refiere: en un caso el estar en un determinado sitio en lugar de en otro, y en el de custodiar, en la conservación de la cosa en el estado y lugar en que se hallare¹⁵⁷.

Tiene trascendencia esta distinción, aparte de para cualificar la conducta del deudor a la hora del cumplimiento, y su posible responsabilidad por este motivo, porque puede servir de base para establecer la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de hacer y la consiguiente posibilidad de ser cumplida por partes.

Para esta clasificación, la obligación contraída por la gestora de servicios médico implicaría un hacer purista, entendido como objeto de la prestación. Lo contratado, fundamentalmente, es la actividad que ha hecho posible la actividad médica, y la ha hecho posible porque dicha atención médica ya está conseguida en virtud de un contrato previo entre facultativos y centros hospitalarios con la gestora. Ésta, lo que hace es ponerla a disposición, ofrecérsela al cliente, luego la actividad por la actividad, no es entendible en un contrato como éste, en el que no se puede fiar el

¹⁵⁷ RAFFAELE CICALA, *“Concetto de divisibilità e di indivisibilità*

cumplimiento a un hacer para conseguir los servicios médicos cada vez que exista alguien que quiera contratar. El hacer puro es evidente, porque ese hacer ya está completado. No necesita obtener nada, pues ya se tiene. El hacer ya está hecho. Conlleva el resultado que se contrata con el cliente. Así, el hacer, en puridad de la gestora, en cuanto al cliente particular, consiste esencialmente en facilitarle la guía de médicos y hospitales donde será atendido a cambio de un precio, junto con las condiciones en que, a juicio de la gestora, debe llevarse a cabo esa atención.

Por tanto, aquí cabría un hacer doble: el primero, que es el que realiza la gestora antes de contratar con el cliente para procurarse los servicios médicos. El segundo, una vez procurados tales servicios médicos, los pone a disposición del cliente. El primero es el hacer hecho. El segundo, el hecho del hacer.

Es decir, con el primer hacer ya ha conseguido; con el segundo hacer, entrega lo conseguido al receptor de la prestación misma: el cliente.

**1.4. OBLIGACIONES REALIZABLES O NO, SIN AFECTAR EL
ÁMBITO DEL DEUDOR**

En la cuarta clasificación que este autor denomina "Realizables, o no, sin afectar el ámbito del deudor", mencionando a GIUSEPPE BORRÉ¹⁵⁸, explica que cabe otra distinción en las obligaciones de hacer, según que el *facere* en que consistan pueda ser actuado en el ámbito de los poderes sustanciales correspondientes al acreedor o, por el contrario, que dichos poderes no sean suficientes para actuar el resultado; y ello, porque para conseguirlo se necesitaría una invasión de la esfera del poder del deudor, en cuyo ámbito habría de llevarse a cabo normalmente.

Por consiguiente, el elemento diferenciador de una y otra clase radica en la posibilidad, o no, de prescindir, para la actuación del resultado material perseguido, de la cooperación del obligado mismo. En un caso, ello no es preciso, y el acreedor puede conseguir el resultado "*utuendo iure suno*", en su propia esfera de autonomía, porque puede alcanzarlo independientemente de la invasión de la esfera posesoria del deudor. En cambio, en el otro caso, esta penetración forzada en dicha esfera, resulta necesaria para satisfacer el interés

¹⁵⁸ GIUSEPPE BORRÉ, "*Essecuzione forzata degli oblighi di fare e di non fare*", E. Jovene, Napoli, 1.966, pp. 100 y ss.

del acreedor, una vez que falta el voluntario cumplimiento o colaboración por parte del deudor.

Ejemplo del primer supuesto sería la obligación de un maestro de obras de construir una piscina en terreno del que se lo encargó: no haciéndolo, puede el acreedor satisfacer su interés dentro de su propia esfera de disponibilidad sustancial, por el sencillo procedimiento de hacer que se lleve a cabo por otro la construcción de la piscina. Para ello, no necesita invadir el ámbito privativo del deudor, que queda al margen en esa realización por otro del interés del acreedor.

Ejemplo del segundo supuesto sería el de todos aquellos casos en que su ejecución forzosa no puede actuarse si no es invadiendo la esfera del deudor, por lo que resulta inconcebible, independientemente del ejercicio de la acción ejecutiva: tal sería el de las obligaciones asumidas por los parcelantes, o adquirentes de parcelas, de una urbanización, de realizar en las suyas una porción de un parque a fin de hacer un conjunto armónico, o construir un pozo en beneficio de todos o, más sencilla y frecuentemente, de construir edificaciones con determinadas peculiaridades estéticas, o la simple obligación de construir dentro de un plazo determinado. En caso de incumplimiento, el acreedor o acreedores

necesitarán para obtener el resultado por sí mismos, invadir la esfera personal de actuación del deudor, introducirse y afectar al ámbito de su posesión, lo que es una circunstancia totalmente distinta a la anterior.

En esta clase de obligaciones, incluir a la gestora en una u otra pondría a la misma en posiciones diferentes en cuanto al cumplimiento de su prestación. Todo depende de si se contempla su situación en el contrato con la suficiente fiabilidad en cuanto a la satisfacción del cliente.

Hoy en día, el particular que contrata con una gestora de servicios médicos, puede hacerlo por los más variados motivos, pero el principal, probablemente, sea la sensación de seguridad ante la vida que le pueda suponer una cobertura médica y hospitalaria de calidad. Seguramente, son muchas las personas que, además de contar con la sanidad pública, quieren otra alternativa que, socialmente, estiman más privada e incluso superior en atención personalizada y prestigiosa. Esta es la realidad. Ahora bien, también es cierto que la mayoría de las gestoras que ofrecen sus servicios a los potenciales clientes suelen tener en sus listados o guías de facultativos y hospitales, prácticamente, los mismos cuadros médicos, especialidades, medios de diagnóstico, urgencias, ingresos hospitalarios, etc. Con esto quiero dar a entender que será

muy difícil que lo que una gestora no pueda o quiera hacer, no pueda ser hecho por otra. Es decir, salvo supuestos excepcionales de contratación exclusiva por el cliente de ésta o aquella gestora, debido a que cuenta con uno o varios especialistas u hospitales de su gusto y necesidad, en la mayoría de las contrataciones, el pack sanitario contratado es, generalmente, satisfactorio para el cliente. Esta línea argumental es seguida por la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 2 de noviembre de 1.999, (EDJ1999/33530), cuando señala que

«... (el) deber de prestación se infiere de la forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores, ... (e)l seguro se contrató en atención a la "garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía", con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial»

Otra cosa es que jurídicamente, las consecuencias sean distintas a la hora del cumplimiento de la obligación por parte de la gestora. En este sentido, el contar o no con la presencia de la empresa para realizar la prestación, cuando se

ha producido el incumplimiento, solamente tendría trascendencia decisiva para el cliente si la obligación fuera personalísima; pero, en esta situación, habría que contar con la posibilidad de que el particular hubiese podido incluir una cláusula que lo mencionase expresamente, dentro del contrato de adhesión. Y esto, se me antoja dificultoso.

No obstante, pudiera desprenderse, por las personas incluidas, además de él mismo en el contrato, (esposa, descendientes de corta edad, o incluso, ascendientes) que existió constitución de obligación *intuitu personae* tácita cuando se contrató, pues se hizo atendiendo, no solamente al prestigio de la gestora, sino también, al de determinados especialistas u hospitales concretos.

Por tanto, a efectos de ejecución de la obligación, cabrían dos posibilidades. La primera, que la propia gestora ordenara su sustitución en la realización de la prestación o que ésta se realizase en ejecución forzosa a su costa, como establece el propio art. 1.098, párrafo 1º del C.c. cuando dice:

« Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa »

En el bien entendido de que en caso de no cumplimiento, siempre quedaría expedita la indemnización por daños y perjuicios.

La segunda posibilidad se refiere a las obligaciones personalísimas. En éstas, no cabría la sustitución en la realización de la prestación, salvo que el cliente lo autorizase, y sí la indemnización por daños y perjuicios. No obstante, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 709 ha introducido una tercera vía por la que se pretende apremiar al deudor que no cumple voluntariamente mediante la imposición de multas que le conminen a realizar la prestación debida.

1.5. OBLIGACIONES DE HECHO PROPIO Y DE HECHO DE TERCERO

"De hecho propio y de hecho de tercero" titula BERNARDO MORENO QUESADA a la quinta clasificación de las obligaciones de hacer, y en ella, siguiendo a otros autores, dice que¹⁵⁹ cabe distinguir también, atendiendo al contenido de las

¹⁵⁹ GIANGUIDO SCALFI, "La promessa del fatto altrui", Editorial Cisalpino, Milano-Varese, 1.965; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro", «Boletín do Ministerio da Justiça», n° 51, Lisboa, 1.955, pp. 32 y ss. En nuestro Derecho, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, "La promessa de hecho ajeno", «A.D.C.», Madrid, 1.964, pp. 5 y ss.

obligaciones de hacer, entre las que tienen por objeto un hecho del propio deudor, y las que comprometen el hecho de un tercero. Se produce este último caso cuando una persona promete la prestación de un tercero, sin que esté autorizado a actuar como representante, ni esté vinculado a él como auxiliar o sustituto. Cuando se produce la promesa del hecho de tercero, este tercero no queda obligado en cuanto que es extraño a la convención, pero el promitente se vincula a responder de que el tercero realice la prestación comprometida. En el fondo, el deudor se obliga realmente a un hecho propio: conseguir el hecho de un tercero. Será un problema de interpretación del contrato, el saber los términos en que quedó obligado: si prometió simplemente sus buenos oficios para que el tercero llevara a cabo la prestación o si, más concretamente, quedó obligado a conseguirla o, incluso, a responder en el caso de que no la consiga; aparece aquí, pues, la distinción antes contemplada entre obligaciones de medios y de resultado y una manifestación de las de garantía¹⁶⁰.

¹⁶⁰ BERNARD GROSS, *"La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats"*, Bibliothèque droit privé, París, 1964; HENRI MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *"Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle"*, número 103-8 del Tomo I, 5ª edición, traducción de Luis Alcalá Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.963. Para ANDRÉ TUNC existiría, junto a las obligaciones de medios y de resultado, una tercera categoría: las obligaciones de garantía que son "las que incumben a una persona de indemnizar a otra, según las reglas convencionales, de un daño que, desde su punto de vista, tiene una causa fortuita; es, pues, más brevemente, la obligación de reparar un daño sobrevenido por caso fortuito."

En el contrato de gestión de servicios médicos, la gestora respondería en caso de no producirse la prestación atención médica correcta contratada con el cliente. Esto es así, debido a que la obligación de aquella supone la seguridad absoluta en la realización de la prestación debida. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 4 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/274857), que en su Fundamento de Derecho decimotercero, apartado A), subapartado c), manifiesta que

«...los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio...»

Es de tener en cuenta que la promesa del hecho de un tercero revestirá una significación distinta siempre que la obligación del promitente tenga a la vista, sustancialmente,

la prestación en sí misma, de suerte que el acuerdo acerca de la prestación por el tercero no sea sino un acuerdo secundario referente a la forma de cumplimiento; en tal hipótesis, si se hiciera imposible la prestación para el tercero, el deudor vendrá obligado a efectuarla de la misma manera. También cabe que la prestación del tercero se combine con la del promitente con carácter alternativo o como facultad alternativa.

En nuestro Código no se da la contemplación específica del supuesto, que parece confiado por el legislador a los principios generales y a la libertad de contratación.

Sin embargo, ANTONIO GULLÓN¹⁶¹, señala en este sentido que llama la atención al jurista el hecho de que nuestro Código Civil, hondamente influido, según se sabe, por los Códigos francés e italiano de 1.865, no dedique ningún precepto a las figuras jurídicas que nos van a ocupar.

En efecto, tanto el art. 1.119 del Código de Napoleón como el 1.129 del italiano de 1.865, expresamente consagran que puede obligarse uno respecto a otro, prometiendo el hecho de una tercera persona. Tal promesa da solamente derecho a indemnizaciones contra el que se ha obligado, o que ha

¹⁶¹ ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Ob. cit.*, pp. 3 a 16.

prometido la ratificación del tercero, si éste rehúsa cumplir su obligación.

¿Cual es la causa de que en nuestro Código no se mencione para nada esta institución de tan arraigado abolengo histórico? Ha sido, a mi juicio, la omisión que el Proyecto de 1.851 hacía de ella conscientemente. El art. 977 del mismo, sustancialmente idéntico al art. 1.257 actual, contenía antes de su última revisión, dice FLORENCIO GARCÍA GOYENA, un tercer párrafo:

«Si alguna de las partes contratantes se obligare a que un tercero entregará alguna cosa o prestará algún servicio, quedará obligado a la indemnización en el caso de que el tercero no lo cumpla».

El ilustre jurista da como razón de la supresión las disposiciones sobre incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Proyecto, aunque reconociendo su justicia.

Ahora bien, si las normas sobre incumplimiento de las obligaciones nos revelan que el incumplidor responde siempre de su incumplimiento, bien en forma específica, o bien por equivalente, no nos resuelven, sin embargo, los puntos oscuros

y debatidos que surgen cuando una persona promete el hecho de un tercero.

¿A qué se obliga el promitente?

¿Cuándo se puede afirmar que ha cumplido su prestación?

¿Cuales son los casos y, por consiguiente, los efectos que se producen si se da una situación de imposibilidad de la prestación que el tercero ha de efectuar?

¿Son aplicables las normas de la fianza por su semejanza aparente?

¿Cuál es la figura jurídica del promitente del hecho ajeno?

De ahí, pues, que no nos parezca acertada la supresión de toda referencia a la figura, debida la existencia de normas que disciplinan el incumplimiento de las obligaciones, porque, ante todo, hay que puntualizar si existe una obligación y, en caso afirmativo, su contenido.

La doctrina jurídica moderna admite, sin discusión, el que una persona pueda prometer el hecho ajeno, con la secuela de indemnizar daños y perjuicios si ese tercero no cumple lo que aquél prometió. Este "cumplimiento" tiene como base, claro está, el que el tercero consienta en obligarse respecto al promisorio, porque de otro modo quedaría vinculado sin su

voluntad. Se verá como a partir de ese momento (consentir en obligarse) desaparece de la escena jurídica el promitente.

A mi juicio, la gestora no puede desaparecer de la escena jurídica porque el cuadro médico ya haya aceptado, previamente, el contrato de aquélla con el cliente. Dicho cuadro de facultativos deberá mantener una actitud de subordinación y colaboración con la empresa. Por consiguiente, la prestación a desarrollar por el cuadro médico está en la obligación de la gestora. La obligación la lleva a cabo la gestora; el médico es un instrumento, un medio posterior de realización fáctica para cuando se necesite. Su consentimiento ya está incluido en la oferta y en el contrato de la empresa con el cliente. La gestora no necesita buscarlo después, ya se lo ha asegurado al cliente cuando contrata.

Sin embargo, esa unanimidad no existe si se trata de precisar más. Concretamente, y por no mencionar más que un punto central de la dogmática de la institución, cuando se trata de perfilar la obligación asumida por el promitente. Pero antes de entrar en esta materia, creo imprescindible unas indicaciones históricas que sirvan para ver cómo se planteó la cuestión en la época anterior a la codificación, y de qué modo ha evolucionado el pensamiento jurídico para llegar a admitir una institución negada radicalmente en un principio.

En el Derecho romano se consideraba nula por principio toda estipulación en que uno de los sujetos prometía el hecho de un tercero. Y ello, porque contrariaba no solo la imposibilidad de la representación directa, sino porque la obligación significaba una restricción al ámbito de libertad del obligado, en tanto que estaba constreñido a realizar una determinada prestación al acreedor, y por ello, nadie más que el mismo obligado podía imponerse esa restricción. Nos dice PAULO (D. 45.1.83) que el negocio se contrae entre el que estipula y el que promete; y así, prometiendo uno por otro "que éste dará o no hará", no se obliga, porque cada cual debe prometer por sí. No obstante, si de la estipulación no podía surgir ninguna obligación a cargo de tercero, ¿producía la misma algún efecto entre los intervinientes? La doctrina lo niega, basada en diferentes consideraciones; la prestación era imposible porque el tercero no había consentido; la ineficacia se asienta en la falta de una voluntad de obligarse entre las partes; el formalismo de la *stipulatio* no consentía la mención de un tercero en las palabras sacramentales. Para la validez de la estipulación era necesario que el acreedor y el deudor pronunciasen los dos personalmente, los verba consagrados por el uso, que no toleraban aquella mención.

Este rigor del Derecho clásico, sin embargo, fue templado progresivamente. Sin abdicar de la idea fundamental antes expuesta, a saber, la de que nadie puede prometer por sí el hecho de tercero con efectos vinculantes para éste, se pretende que la estipulación tenga efectos entre los que en ella intervienen. Y ello se logra admitiendo la validez de aquellas estipulaciones en que se promete procurar que el tercero haga o no haga. En tal supuesto, más que un hecho ajeno, se prometía un hecho propio: el procurar. Otro de los procedimientos empleados consiste en la estipulación de una pena si el tercero no cumple. Así dice ULPIANO (D. 45.1.38.24), que si alguno hubiese estipulado: "¿prometes hacer comparecer a aquél?, no hay causa alguna para que no subsista esta obligación". Justiniano, en su Instituta, recoge íntegramente estas dos posibilidades de dar validez a la estipulación del hecho ajeno, sin que falte autor (GIOVANNI PACCHIONI¹⁶²) que afirme ser propio del Derecho justiniano el recurso a la estipulación de la pena.

Si las conclusiones anteriores son las aceptadas, con ligeras variantes, por la doctrina romanista, en cambio, hay profundas divisiones en torno a un fragmento de JULIANO

¹⁶² GIOVANNI PACCHIONI, "La promessa del fatto di un terzo", «Rivista del Diritto Commerciale II», Piccin Nuova Libreria, s.p.a., Padova, 1.911, pp. 549 y ss.

recogido en el Digesto (45.2.5) en el que se afirma rotundamente:

«Nadie hay que no sepa que se pueden prometer trabajos ajenos (alienas operas) y dar fiador de esta obligación».

¿Cómo se compagina ello con la doctrina general negadora de los efectos de la estipulación pura de hechos ajenos?

Dos tendencias podemos anotar:

1º- La de aquéllos que, como MARIO ALLARA y THÉLOHAN¹⁶³, creen que se refiere a la estipulación de hechos ajenos simplemente, ALLARA afirma que el fragmento se explica por la evolución de la *stipulatio*. La misma no encuentra ya en el empleo de determinadas palabras su energía vinculante, sino en la voluntad de obligarse, por lo que el fragmento de JULIANO significaría el nuevo sentido que tiene este negocio. Ha pasado la época, pues, en que la estipulación:

“¿Prometes que Ticio hará? ”, carecía de efectos.

¹⁶³ MARIO ALLARA, *“Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui”*, «Rivista del Diritto Commerciale», Piccin Nuova Libreria, s.p.a., Padova, 1.929, I, pp. 410 y ss.; JACQUES THÉLOHAN, *“De la stipulatio operarum”*, «Etude d'histoire juridique offerts a Girard», vol. I, Geuthner, París, 1.912.

La opinión de MARIO ALLARA es un tanto incompleta, porque es obvio que no se nos dice cual era el contenido de esta estipulación. No puede ser, lógicamente, la de obligar directamente al tercero sin su consentimiento, ni tampoco, al parecer, la de procurar por el promitente este mismo, porque según vimos anteriormente era objeto de otra estipulación.

THÉLOHAN lo explica suponiendo que el principio "*nemo alienum factum promittere potest*" no se aplica a las promesas de *datio* a cargo de un tercero sin su consentimiento. Pero se ha observado por JEAN JOSEPH HENRI COUDERT¹⁶⁴ la existencia de textos en que claramente se extiende aquél a las obligaciones que comportan un *dare*. THÉLOHAN parte para su construcción del principio de que las *operae* no son un hecho, sino una *res* que forma objeto de una *datio*.

2º- Frente a esta opinión que ve en el fragmento de JULIANO un nuevo desenvolvimiento de la promesa de hechos ajenos, otros autores lo relacionan con los trabajos de los libertos. GIUSEPPE STOLFI¹⁶⁵ dice que desde el punto de vista exegético se puede observar que en el fragmento se trata de

¹⁶⁴ JEAN JOSEPH HENRI COUDERT, "*Recherches sur les stipulations et les promesses pour autri en Droit Romain*", Société d'impressions typographiques, Nancy, 1.957.

¹⁶⁵ GIUSEPPE STOLFI, "*La promessa del fatto di un terzo*", «Rivista del Diritto commerciale», Piccin Nuova Libreria, s.p.a., Padova, 1.927, I, pp. 203 y ss.

operas libertorum, que están en el patrimonio del patrono. Son cosas propias las que promete, y no ajenas. Análogo punto de vista mantiene JEAN COUDERT.

En el Derecho común el panorama cambia totalmente. Y cambia debido a la decadencia del formalismo de la *stipulatio*, y el auge que cobra la voluntad como fuente de obligarse, cualquiera que fuera la forma de expresión. No obstante, la evolución sufrida hasta llegar a este postulado fue lenta, debido a la sumisión de los doctores a los textos romanos.

En su magistral estudio sobre la estipulación de hechos ajenos en el Derecho común, anota GIUSEPPE STOLFI la gran influencia que sobre esta materia ejerció el Derecho canónico, con la institución del juramento, mediante la cual se hacían eficaces todas las declaraciones de voluntad que no conteniendo nada de ilícito e inmoral, eran declaradas nulas por expresa disposición legislativa (FRANCESCO SCHUPFER¹⁶⁶). Aplicando el juramento a la promesa de hecho ajeno determinó su validez. La repetición continua del juramento hizo que fuese poco a poco decayendo su manifestación expresa, sosteniéndose la validez de la promesa sin el mismo, con el recurso de darlo por puesto mediante presunción. Ahora bien,

¹⁶⁶ FRANCESCO SCHUPFER, "*Il Diritto delle obbligazioni in Italia, nell'età del Risorgimento*", Vol. I, Fratelli Bocca, Turín, 1.921, pp. 71 a 79.

si era válida la estipulación de hecho ajeno, ¿qué había de entenderse como objeto de la obligación del que los prometía?

La doctrina se dividió en dos posiciones netamente contrapuestas. Para unos, el promitente estaba obligado a desplegar toda actividad necesaria respecto al tercero para conseguir que éste cumpliera, liberándose, por tanto, aquél en el momento en que demostrase haber hecho lo posible para ello. Para otros, el promitente solo se liberaba cuando el tercero cumplía lo que él prometió. En la práctica, prevaleció la primera solución sobre cuyos fundamentos teóricos manifestaron serias dudas los doctores¹⁶⁷.

¹⁶⁷ En las Partidas, la promesa de hecho ajeno podía ser de dos modos: *simpliciter* y *secundum quid*. En el primer caso se acepta la regla romana de la negativa de efectos jurídicos, salvo que se hiciese en juicio o en nombre de los herederos. En el segundo caso, la promesa de hecho ajeno indicaba que se había prometido un hecho propio: comprometerse a hacer o a procurar que se haga por parte del tercero. La doctrina se preguntaba si el promitente se liberaba de responsabilidad acreditando que hizo cuanto pudo a fin de que el tercero cumpliera. La opinión favorable a su liberación vaciló ante la negativa de Jasón de Mayno y Socino.

La Ley XI del Título XI de la Partida V expresamente consagra que el promitente, si el tercero no cumplía "temdo serie el de lo complir ó de pechar los daños et los menoscabos quel veniesen por esta razón". Con razón decía Gregorio López que esta Ley obsta bastante a la indicada opinión común.

Así, pues, Las Partidas, siguiendo el modelo romano, negaban valor a la promesa simple del hecho ajeno, salvo que se prometiese por una persona que sus herederos harían o darían alguna cosa, o en juicio se prometiese que un tercero tendrá por firme la decisión del pleito, u otras semejantes. En cambio, se afirmó la validez de la promesa de procurar el hecho de tercero.

El Ordenamiento de Alcalá suprimió las formalidades de la estipulación. La simple no obligaba al tercero en ningún caso, pero con el incumplimiento había lugar a la acción de daños y perjuicios. Esta solución en un principio fue discutida, dejando en la práctica inoperante la Ley del Ordenamiento. Finalmente, parece que un texto de Bartolo dio salida amplia a la acción de indemnización. RICARDO NUÑEZ LAGOS, *"Hechos y Derechos en el*

Así, pues, en el Derecho Común ya no se plantea como problema la validez de la simple promesa de hecho ajeno, sino el de saber a qué se ha obligado el promitente. La discusión de los doctores de la glosa sigue abierta todavía hoy. En efecto, aunque los Códigos modernos proclamen la validez de la promesa, y la obligación de indemnizar que nace cuando el tercero no cumple, guardan silencio sobre el contenido de la prestación del promitente.

Por lo tanto, vamos a estudiar, siguiendo a ANTONIO GULLÓN, las posiciones que se adoptan en la doctrina moderna sobre el contenido de la prestación del que promete simplemente el hecho de otro.

1.5.1. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE HACER.

Para un sector de la doctrina, el promitente contrae como obligación la necesidad de hacer lo posible, de desarrollar una actividad, para inducir al tercero a que cumpla la

Documento Público", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.950, pp. 233 y ss.

prestación que aquél prometió. El resultado es puramente eventual. Por tanto, se libera cuando pruebe haber cumplido esta prestación, cuando pruebe que ha desplegado su actividad en tal sentido, y que no ha obtenido éxito por causas ajenas a su voluntad.

Contra la misma, sin embargo, se han hecho una serie de objeciones que se pueden resumir así:

a) La prestación sería imprecisa, indeterminada, y el derecho del acreedor fácil de desconocerse por la excesiva facilidad de la prueba de que se ha intentado, pero en vano, obtener del tercero el cumplimiento;

b) No es susceptible, para el caso de incumplimiento, de una segura apreciación de valor;

c) La actividad del deudor no tiene, en sí y para sí, independientemente del resultado al cual mira, ningún valor pecuniario.

¿Se pueden acoger estas consideraciones para rechazar que la obligación del promitente sea una obligación de medios y no de resultado? A mi juicio, hay que prescindir del problema de la facilidad de prueba para liberarse de las consecuencias del

incumplimiento. Una cosa es el problema práctico de prueba, y otra la verdadera naturaleza de la institución. No podemos en modo alguno desnaturalizar ésta por las consecuencias de la prueba. Por otra parte, tampoco cabe sostener que la prestación carece de posibilidad de valoración cuando se incumpla ya que podría ser perfectamente valuada por la concreción del daño sufrido al acreedor ante la no realización de lo prometido a cargo del tercero.

Los facultativos, en la gestión de servicios médicos, ya tienen su propia relación jurídica con la gestora que los ha contratado, obligándose a prestar la atención médica correcta al cliente cuando sean requeridos para ello.

En cambio, es acertada la objeción de que independientemente del valor del resultado al cual mira, la prestación del deudor no tiene valor. Y es acertada si se observa el supuesto siguiente: el tercero, con independencia de toda gestión por parte de quien prometió su hecho, cumple frente al acreedor de aquél. No hay duda de que, en el terreno de la teoría que criticamos, ha existido un incumplimiento consistente en la no realización de las gestiones oportunas. Pero un incumplimiento que quedaría sin sanción, por no poderse exigir daños y perjuicios al no haberse causado ninguno, debido a la actuación del tercero "per se". La

prestación del promitente, pues, carecería de todo valor, no es susceptible de cumplimiento ni en formas específicas ni por equivalente. En una palabra, estamos en un supuesto que cae en la órbita del art. 1.256 del C.c. que dispone:

«La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

En el contrato de gestión de servicios médicos, el cuadro médico atiende al cliente obligatoriamente puesto que no cabría inactividad de la gestora debido a que ésta ya gestionó los servicios médicos con anterioridad a que sean necesarios para el cliente. Sencillamente, los pone a disposición del mismo con las condiciones y requisitos establecidos en el contrato de gestión. Por consiguiente, no sería posible una atención por libre de los médicos sin contar con las directrices de la gestora.

De ahí, pues, la consecuencia ineludible de relacionar la actividad del promitente con el resultado que se pretende, para dar algún sentido a aquella, que, por otra parte, postula la misma interpretación de voluntad de los sujetos. Cuando A se compromete frente a B a que C ratifique el contrato que los dos han celebrado, no se piensa sino en el hecho del tercero,

C, como útil, no exclusivamente en la diligencia que podría desplegar el obligado.

A mi entender, en el contrato de gestión de servicios médicos no se produce ninguna ratificación por parte de los facultativos dependientes contractualmente de la gestora, en cuanto a que prestarán la atención médica. A esto quedaron obligados mediante su relación con la empresa. Lo que sí hay es la certeza por parte de la gestora sobre el cumplimiento de aquéllos, y certeza por parte del cliente de que efectivamente cumplirán.

Debido a esta conexión entre diligencia y resultado útil en la figura que estudiamos y sin entrar en la crítica de la teoría desarrollada por la doctrina francesa sobre la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, otro sector doctrinal mantiene la siguiente posición:

1.5.2. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE PROCURAR EL HECHO DE TERCERO.

Para GIUSEPPE STOLFI¹⁶⁸, la liberación del promitente no se produce probando que ha usado de toda diligencia, sino además, cuando el tercero cumpla. En el mismo sentido se manifiesta MARIO ALLARA¹⁶⁹.

Al ser la obligación de la gestora de hacer y de duración continuada¹⁷⁰, aquéllas en que la conducta del deudor debe mantenerse durante un cierto tiempo, pero de manera prolongada, y sin solución de continuidad, pues la interrupción de dicha conducta provocaría o podría provocar la insatisfacción del acreedor o la resolución de la relación obligatoria de la que dimanar. Supondría el mantenimiento de la empresa en la prestación de los servicios médicos mientras dure el contrato celebrado con el cliente.

Pero las razones en contra son claras y convincentes. Se dice que en tal caso el deudor promete algo que no depende de su querer y, por tanto, la actividad que se quiere vincular

¹⁶⁸ GIUSEPPE STOLFI, *Ob. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁶⁹ MARIO ALLARA, *Ob. cit.*, pp. 410 y ss.

¹⁷⁰ CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *"Principios ... Ob. cit."*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Madrid, 1.996, p. 78.

por su acreedor no es materialmente posible. GIANGUIDO SCALFI¹⁷¹ y JEAN BOULANGER afirman que no es concebible una prestación de hacer cuando el hacer tenga por objeto un acto de otro; esta interferencia de la voluntad del tercero quita su significado a lo que debería ser el contenido de la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, porque el resultado último y útil depende del tercero. La efectividad del resultado servicios médicos no depende exclusivamente del cuadro médico al servicio de la gestora; depende también, de la vigencia del contrato entre la empresa y el cliente.

Para argumentar en favor de la tesis criticada, se ha llegado incluso a recurrir al expediente de la liberación del deudor, que usa toda diligencia, pero que no obtiene del tercero nada, a la fuerza mayor. Pero falta toda posibilidad de equiparación entre un suceso imprevisible que impide el cumplimiento de la obligación y la negativa del tercero a cumplir lo que otro prometió, porque esta misma eventualidad dio nacimiento a la promesa. La fuerza mayor implica una obligación que, en principio, era posible. En la estipulación del hecho ajeno nos encontramos ya desde el principio, con una prestación que no era posible por las razones anteriormente apuntadas.

¹⁷¹ GIANGUIDO SCALFI, *Ob. cit.*, P. 204.

1.5.3. LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE COMO OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR SI EL TERCERO NO CUMPLE.

Las teorías anteriores buscan infructuosamente la solución del problema del contenido de la prestación del promitente a través de la obligación de hacer. Y decimos infructuosamente, porque, ni desde el punto de vista dogmático, ni práctico, es factible. Por otra parte, aquellas posiciones vienen impulsadas, como causa determinante, por el desarrollo histórico de la institución.

En Roma hubo que acudir a las obligaciones de hacer para que la promesa de hecho ajeno tuviera efectos entre las partes.

En el Derecho común, la atención de los doctores se centra sobre un punto olvidado, o, por lo menos, oscuro, en la compilación justiniana; cuando se libera el promitente.

Sin embargo, la técnica moderna no tiene necesidad de respetar las exigencias de una organización jurídica que ya ha desaparecido; las voluntades de los contratantes no penetran en el molde rígido de la *stipulatio*. No hay, en una palabra, razón para copiar los procedimientos por los que los juristas

romanos, ingeniosamente por lo demás, hacían válida una operación que, de otro modo, era nula (JEAN BOULANGER).

Y de ahí que otro sector de la doctrina, para la solución del problema que estamos exponiendo, se fije en un aspecto de la institución dejado en sombra por las teorías de la obligación de hacer; ese aspecto es el que hace referencia a la obligación de indemnizar que el promitente tiene si el tercero no cumple.

Ahora bien, esa obligación de indemnizar, esa faceta de la promesa del hecho ajeno tiene, a su vez, dos maneras de ser considerada:

a) Como obligación de pagar una suma de dinero si el tercero no cumple (condición);

b) Obligación de pagar como consecuencia de la aceptación por el promitente de un riesgo, que no es otro que el de garantizar al acreedor de todo daño que le pueda producir el incumplimiento por parte del tercero.

La consideración de la obligación del promitente como de indemnizar sujeta a la condición de que el tercero tenga el comportamiento que aquél prometió, ha sido mantenida por JEAN

BOULANGER. Sin embargo, tal concepción es rechazable porque olvida el interés que se persigue con la estipulación del hecho ajeno. El interés del acreedor es, ante todo, el de ver cumplido por el tercero el hecho prometido. Cuando el promitente manifiesta su voluntad de que dicho tercero hará o no hará, también asegura que será satisfecho el interés. También el promitente desea verlo cumplido, porque así se evita de pagar la indemnización. Por ello, el interés relativo a la indemnización es esencialmente accesorio. Considerando como obligación del promitente la de pagar la indemnización, se olvida completamente en la descripción del contenido de aquélla el interés primario a ver realizado el hecho del tercero (SCALFI).

Además, hay que observar que si conceptuamos la obligación del promitente como la de pagar una indemnización condicionada al evento del incumplimiento del tercero, en el momento en que el susodicho promitente intentase cualquier actividad en relación con el tercero, para que tuviese el comportamiento prometido, la condición habría de darse por cumplida a tenor del art. 1.119 del C.c., que dispone:

«Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento».

El obligado, en nuestro caso, el promitente, impide voluntariamente que la condición se cumpla (que el tercero no cumpla). Consecuencia absurda de lo anteriormente expuesto: el olvido de que el interés del acreedor es el de que el tercero cumpla.

La obligación de la gestora, condicionada a indemnizar al cliente en caso de que éste no sea atendido, no puede concebirse en la gestión de servicios médicos como condición y sí como ejecución forzosa, en caso de incumplimiento y, con posterioridad, a la sustitución de la gestora en la realización de la prestación.

Las objeciones contra la teoría no quedan en lo dicho. Hay que tener también en cuenta un supuesto de fácil realización en la práctica, para darse cuenta de que dogmáticamente, tampoco es exacta. El supuesto de hecho consiste en el pago de una contraprestación por parte del acreedor o promisario al promitente del hecho ajeno. Entonces tendríamos, en buenos principios, un sinalagma entre una obligación condicionada (la del promitente), y una obligación cierta (la del acreedor), lo que llevaría a la consecuencia errónea de que si la condición a que estaba sujeta la obligación del promisario de indemnizar no se cumple (porque el tercero cumple), el acreedor debe pedir la restitución de

la contraprestación suya o el no pago de la misma que era causada o sostenida por la obligación del promitente que no se ha realizado. Todo ello, naturalmente, contra la verdadera y auténtica finalidad del instituto.

Sin embargo, con todos sus defectos, la teoría que concibe la obligación del promitente como obligación condicional de indemnizar, ha tenido un efecto favorable y es el de que se ha prestado una especial atención al interés que se pretende satisfacer estipulando el hecho ajeno, y considerando la obligación de indemnizar desde un punto de vista subordinado a aquél. En una palabra, porque ha abierto la ruta hacia la tesis que conceptuamos más acertada, y es la de considerar:

1.5.4. LA PRESTACIÓN DEL PROMITENTE COMO ASUNCIÓN DEL RIESGO DE QUE EL TERCERO NO CUMPLA

Partiendo del supuesto de que al acreedor o promisorio le es indiferente la actividad del tercero en cuanto motivada por la actuación del promitente, y que lo único interesante para él es que el tercero cumpla para satisfacer así su interés en forma específica, siendo, por tanto, la indemnización que ha de pagar el promitente en caso contrario, algo meramente

subsidiario o equivalente, la doctrina suiza, explicando la norma del art. 111 de la Ley Federal que complementa al Código Civil, de fecha 30 de marzo de 1911, que está dedicado a la regulación de la promesa del hecho ajeno y que dispone:

«Todo el que promete a otro la realización de algo que debe ejecutar un tercero, queda responsable de los daños y perjuicios que se produzcan a consecuencia de la inejecución por parte de dicho tercero»,

ha apuntado una idea extraordinariamente fecunda, y que ha sido desenvuelta en la doctrina francesa por BOULANGER¹⁷², y en la doctrina italiana por SCALFI¹⁷³. Tal idea se puede resumir así: la prestación del promitente es una prestación de garantía. El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al acreedor o promisario que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario. En otros términos, el promitente asume frente al promisario el riesgo de que el tercero no cumpla. El promitente dice: Yo no estoy facultado para obrar. Esta ausencia de poderes hace nacer un indudable riesgo, puesto que el tercero podrá ratificar o no el contrato que ha celebrado

¹⁷² JEAN BOULANGER, "La promesse de portefort et les contrats pour autri". Dalloz, París, 1.933. Este autor coordina la teoría de la asunción del riesgo con la del pago de una indemnización en forma condicional (que el tercero no cumpla).

en su lugar. Pero este riesgo yo lo cubro. Yo me obligo a indemnizar de todo daño que pueda causar la no ratificación. Ahora bien, para poder configurar así la prestación del promitente son necesarias algunas consideraciones previas sobre la prestación en general. En efecto, la doctrina ha estado dominada durante mucho tiempo por una idea un tanto limitada y estrecha del objeto de la prestación en la teoría general de la obligación. Se pensaba que el objeto lo constituía un *facere* de carácter positivo o negativo o un *dare*. Sin embargo, al nacer en la doctrina germánica la categoría conceptual de los contratos de garantía, se vio inmediatamente que aquellas nociones tradicionales eran insuficientes, y entonces se extiende el ámbito del objeto de la prestación para comprender en el mismo, incluso un riesgo. Se podía, en suma, prestar el riesgo, asumirlo con todas sus consecuencias.

La expectativa del acreedor no se dirige a una utilidad que es el resultado último de un obrar, o de un comportamiento, sino que su utilidad consiste en descargar sobre la otra parte los resultados perjudiciales que puedan acaecer si se produce determinado riesgo. En el contrato de seguro, por ejemplo, antes de que el evento tenido se verifique, existe la atribución de una utilidad al asegurado

¹⁷³ GIANGUIDO SCALFI, *Ob. cit.*, pp. 203 y ss.

por parte del asegurador, que es la asunción del riesgo por su parte.

Así, pues, no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajeno una asunción por parte del promitente del riesgo que supone para el interés del acreedor o promisario el que el tercero no cumpla. De este modo también se explica que cuando haya una contraprestación por parte del acreedor o promisario frente al promitente, el contrato tenga en sí una relación sinalagmática perfecta, y no se resuelva, como quiere JEAN BOULANGER, en una obligación de indemnizar condicionada al evento del incumplimiento del tercero, porque ya hemos expuesto las razones que nos conducen al repudio de esta doctrina.

La gestora si está capacitada para obrar; de hecho, no tiene que esperar a que el cuadro médico acepte actuar a favor del cliente. Debe actuar en virtud de un contrato anterior que le vincula a la gestora. La materialización de la atención médica no conlleva la interpretación de que su incumplimiento supondría comprender la obligación de la empresa, únicamente como de garantía. Es una obligación de resultado y, además, garantizado; es decir, asegura al cliente los servicios médicos correctos sin contar, porque no es necesario, con el parecer de los facultativos.

1.5.5. LA FIGURA JURÍDICA DEL PROMITENTE DEL HECHO AJENO

Una vez configurada la obligación que asume el promitente, vamos a ver si tiene encaje su figura en algunos de los conceptos básicos del derecho de obligaciones.

A primera vista, parece que su situación es la propia de un representante sin poder, ya que ambos realizan un acto jurídico que tiene como finalidad incidir en la esfera ajena; si se ratifica (en el caso de representación) o si el tercero se obliga (en el caso de la promesa).

Sin embargo, le separa de la figura del representante obstáculos insalvables. Y ello, porque no contrata en nombre y por cuenta del tercero, sino en su propio nombre y por su propia cuenta. El declara que el tercero hará o no hará, pero manifestando que no tiene poderes para vincular inmediatamente a dicho tercero, sino que será él, precisamente, quien tendrá que formar la última decisión. El promitente se obliga directamente, y desde un primer momento, con el promisorio, mediante la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.

La gestora de los servicios médicos, no solamente tiene poderes para vincular al cuadro médico, es que ya lo ha vinculado mediante contrato antes de contratar con el cliente.

La fuente de los efectos jurídicos es distinta, en consecuencia, en un caso y en otro. Cuando A celebra a nombre de B un contrato sin tener su representación, y B no ratifica posteriormente ese contrato, A estará obligado a indemnizar a la otra parte contractual, los daños y perjuicios causados. Sus acciones se fundan, en una palabra, en ese contrato que el Código civil, en el art. 1.257 declara nulo cuando dispone:

«Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

Por el contrario, en la promesa del hecho ajeno, las acciones en el supuesto de que el tercero no cumpla nacen para el promisorio en contra del promitente, no en la frustración

de la relación jurídica que media, antes de ese incumplimiento, entre aquéllos sujetos de la proyectada que debía vincular al promisorio con el tercero, sino en la promesa del hecho ajeno.

Tampoco podemos ver en el promitente de hecho ajeno la figura del gestor de negocios ajenos sin mandato, porque en ella se puede ligar, irrevocablemente el *dominus*, en nuestro caso tercero, en razón de la utilidad que la gestión le procura, en contra de la radical libertad que en la promesa posee para vincularse con el promisorio. Además, falta la *contemplatio domini* y podría no darse la utilidad de la gestión.

a) CARACTERES DE LA PROMESA DEL HECHO AJENO

Veamos cómo la doctrina caracteriza esta promesa de hecho ajeno. Así, MANUEL ALBALADEJO¹⁷⁴ sostiene que junto al contrato a favor de tercero, cabe la figura del contrato a cargo de tercero (argumento, C.c., artículos 1.255, 1.257.2º y 1.259). Lo sería aquél, no en el que una parte se obliga a proporcionar a la otra la realización de una prestación por

¹⁷⁴ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, "Derecho ... Ob. cit., II", Derecho de obligaciones. Volumen 1, p. 457.

tercero (pues entonces éste no queda obligado, sino que únicamente queda obligado el promitente a conseguir que realice la prestación), sino aquél en el que una parte, en nombre propio, promete a otra la prestación de un tercero que queda obligado a realizarla. Para ello hace falta el consentimiento del tercero, que puede haberlo dado previamente (en cuyo caso, queda obligado desde que el contrato se celebra) o con posterioridad (en cuyo caso, su obligación nace cuando consiente).

Para continuar diciendo que: Contrato en el que, aun habiendo prometido un contratante a otro la realización de una prestación por un tercero, la obligación de éste no nace sino de otro contrato en el que es parte; y entre tanto, sólo hay un obligado: el promitente, que lo está a conseguir que el tercero realice la prestación que él prometió que verificaría. Por ejemplo, la empresa que explota un teatro, contrata con los espectadores ofreciéndoles la actuación de un cantante; pero éste canta para aquellos, no obligado por tal contrato, sino en cumplimiento de su contrato con la empresa (figuras distintas del contrato a favor de tercero).

Por su parte, LUÍS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN¹⁷⁵, sobre el contrato a cargo de tercero, manifiestan que se llama también promesa de hecho ajeno, y es aquella estipulación por la que una parte se obliga frente a la otra a que un tercero se obligará a darle alguna cosa o prestarle algún servicio o a un *non facere*.

El promitente queda obligado a la obtención del resultado, y no se libera probando que ha empleado toda la diligencia posible para conseguirlo. Asume, en realidad, frente al que recibe su promesa, el riesgo de que el tercero no se obligue, indemnizando entonces los daños y perjuicios que la insatisfacción del interés del promisorio ha producido. Es, en otras palabras, una prestación de garantía la que asume el promitente frente al promisorio.

El promitente queda liberado de su obligación cuando el tercero acepte cumplir respecto del promisorio, y también cuando ese tercero ha muerto o devenido incapaz para realizar lo que aquél prometió antes de que haya aceptado.

En el contrato de gestión de servicios médicos no queda liberada la gestora cuando el médico atiende al paciente-cliente. Se libera con la extinción del contrato que celebró

¹⁷⁵ LUÍS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Ob. cit.*, Volumen II, 1.990, pp.

con aquél. La prestación de la empresa implica el resultado servicios médicos correctos y la seguridad de haber conseguido el mismo, ya que no existen tiempos muertos en la realización de la prestación, una vez contratada por el cliente. Este ya la tiene porque la gestora la tiene también. Es continuada, está ahí, siempre que dure el contrato, para cuando se precise, la utilice el particular o no. No hay lapsos temporales en que la gestora solo garantizaría el cumplimiento del cuadro médico, ni antes ni después de contratar con un cliente concreto.

El promitente, salvo estipulación en contrario, no es fiador del tercero, no responde de que, después de haberse obligado con el promisario, cumplirá su obligación.

No obstante las opiniones anteriores, continúa ANTONIO GULLÓN refiriéndose a la inexactitud de la referencia a la figura de contrato a cargo de tercero, porque el tercero no cumple nunca la prestación del promitente, porque la de éste es prestación de garantía. El promitente no está obligado a realizar lo que ha prometido por el tercero, ni éste a sustituirlo en el cumplimiento. Se ha comprometido a soportar el riesgo de que el tercero rehúse cumplir una determinada prestación frente al promisario. Más correcta parece la terminología de "contratos dirigidos a la prestación del

tercero". Pero, aparte de problemas de terminología, aunque reconociendo su importancia, tanto en un caso como en otro, se resalta la fuente de donde emana la figura que estudiamos: el contrato. Pero se ha planteado la cuestión de si esa fuente es única y exclusiva, o, por el contrario, la promesa puede nacer de otro negocio jurídico, como el testamento, o incluso, de la ley.

En la gestión de servicios médicos, el encargado de realizar la prestación atención médica es la gestora. El cuadro médico no sustituye a ésta; es el auxiliar o colaborador de quien se vale para dar satisfacción al cliente. La obligación pertenece a la gestora. No existe sustitución de ésta por los médicos en el cumplimiento.

Para MARIO ALLARA¹⁷⁶ no hay duda de la afirmativa, citando como ejemplos de imposición legal la evicción en la división hereditaria, y otros autores, el de la responsabilidad por insolvencia del deudor del crédito cedido de buena fe, cuando expresamente se haya pactado aquella responsabilidad, o la insolvencia fuere anterior a la cesión y pública (art. 1.529):

«El vendedor de buena fe responderá de la existencia y de la legitimidad del crédito al tiempo de

¹⁷⁶ MARIO ALLARA, *Ob. cit.*, pp. 410 y ss.

la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública. Aun en estos casos solo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1 del art. 1.518. El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios».

En cambio, GIANGUIDO SCALFI¹⁷⁷ niega la posibilidad de que el testamento sea apto para engendrar una promesa de hecho de tercero. El testador no puede prometer a un heredero o legatario que un tercero se obligará o hará algo, porque, argumento, no se sabe a cargo de quien se pone la asunción del riesgo. No hay problema, creo, porque sería una deuda hereditaria la necesidad de indemnización cuando el evento se realiza (no cumplimiento del tercero) y, como tal seguirá el régimen de la responsabilidad por deudas en la aceptación de la herencia.

No obstante, la fuente contractual es de hecho la más importante, con los siguientes caracteres:

¹⁷⁷ GIANGUIDO SCALFI, *Ob. cit.*, p. 203.

Atipicidad. El contrato que entraña una asunción del riesgo para una de las partes, si un tercero no cumple la prestación que dicha parte ha comprometido, tiene, en nuestro Derecho positivo, un carácter de atipicidad. Sin embargo, la promesa es muchas veces cláusula de un negocio jurídico que se hace sin representación de un tercero. En tal sentido, presenta problemas que serán examinados a continuación en la materia relativa a los efectos generales de la promesa.

Aleatoriedad. La promesa presenta un carácter aleatorio típico, por la asunción del riesgo por parte del promitente.

b) PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

Continúa ANTONIO GULLÓN diciendo que refiriéndonos al contrato como fuente típica de la promesa de hecho ajeno, su interpretación, es decir, la indagación del sentido que tienen las declaraciones de voluntad no presenta ninguna excepción a las normas de los art. 1.281 y siguientes.

Ahora bien, existen dificultades concretas de interpretación que tienen su origen en la misma naturaleza de la figura.

La doctrina francesa discute si en todos los casos en que una persona promete el hecho ajeno se entiende siempre que surge una obligación a su cargo.

Podemos ver en este punto tres tendencias:

1º) Para una de ellas hay que presumir siempre que el promitente se ha querido obligar. El antecedente histórico lo constituye el pensamiento de ROBERT JOSEPH POTHIER cuando declaraba

«... Se presume fácilmente que aquél que ha comprometido que un tercero dará o hará alguna cosa no ha querido obligar a otro, sino obligarse a sí para conseguirlo».

También se acude al principio de interpretación recogido en el art. 1.284 del Código civil, según el cual,

«Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

2º) Otra tendencia opuesta afirma que la estipulación por otro es una excepción a la norma general de la irrelevancia de

efectos de los contratos para terceros, y, por tanto, hay que manifestar una voluntad expresa de obligarse. Además, se agrega, el artículo 1.284 se refiere a cláusulas contractuales, aquí se trata de la eficacia o ineficacia de un negocio.

3º) Por último, no falta una posición intermedia que encuentra resuelta la dificultad si se ha pactado una cláusula penal, lo que representa el signo inequívoco de que el promitente se ha obligado personalmente. A mi juicio, en el fondo de este problema late la antigua preocupación de los juristas romanos para dar validez a la promesa de hechos ajenos mediante la estipulación de una actividad personal del promitente. Es lógico, pues, que en aquel sistema fuese necesaria su manifestación de voluntad expresa para entender que se había obligado. Pero en el Derecho moderno, en que todos los efectos de la obligación descansan en la voluntad de las partes, y no en la forma en que éstas han querido obligarse, hay que rechazar tanto el sistema de la presunción como el de la manifestación expresa. Habrá que estar, ante todo, a la voluntad para cuyo descubrimiento tendremos que acudir a los art. 1.281 y siguientes, y sobre todo, al 1.284 que dispone:

«Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

Ahora bien, cuando exista una cláusula penal, creo que es evidente, sin más, la voluntad de obligarse.

También ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS¹⁷⁸ se refiere a que la promesa de hecho de tercero ha sido confundida por cierto sector doctrinal con la obligación del fiador. Hasta tal punto ello es así, que no han faltado definiciones de la fianza en las que propiamente se habla de una obligación del fiador de hacer que el deudor cumpla, so pena de resarcir daños cuyo importe es el mismo que el de la obligación. Como pone de relieve GIORGIO BO¹⁷⁹, en la doctrina suiza se considera que la obligación nacida de la fianza es un caso especial de promesa de hecho ajeno. Esta confusión entre las dos figuras también se observa en el Derecho común, donde ciertos autores llaman al promitente, fiador.

Sin embargo, si bien es cierto que hay una semejanza externa, también son de anotar importantes diferencias.

¹⁷⁸ ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Ob. cit.*, pp. 15 y 16.

¹⁷⁹ GIORGIO BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione*

Las semejanzas externas radican en el hecho de que tanto el fiador como el promitente se obligan por la inejecución de una prestación que debe cumplir un tercero. Pero las diferencias son sustanciales. En la fianza hay una obligación accesoria y subsidiaria de otra principal: la del deudor. En la promesa de hecho ajeno no hay ninguna relación obligatoria entre el promisorio y el tercero de cuyo cumplimiento debe responder el promitente. Este se encuentra obligado en la vía principal y sólo se libera cuando el tercero se obligue respecto al promisorio.

En la gestión de servicios médicos la gestora no se libera mientras dure el contrato con el cliente. No hay relación contractual entre el particular y los médicos. Por tanto, queda obligada la gestora respecto al cliente, pues fue quien contrató prestarle la atención médica correcta que ya tiene conseguida y, simplemente, la particulariza cuando es solicitada por el cliente. En este sentido, se ha pronunciado la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 10 de noviembre de 1.999 (EDJ 1999/32885) cuando en su Fundamento de Derecho 5º, manifiesta que

«...es indiferente a los efectos de apreciar la obligación reparatoria civil, directa y solidaria, de

fideiussoria”, Giuffrè, Milano, 1.934, pp. 10 y ss.

esta recurrente, debido a que la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente, con apoyo probatorio adecuado, pues entre "Mutua V." y el médico medio conexión contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios, y si bien la misma no crea propia relación jerárquica, si genera la contractual relativa a dicho contrato, como han sentado las SSTS de 12 de febrero de 1990 (EDJ1999/1343) y 2 de noviembre de 1999 (EDJ1999/33530), la que resulta incrementada por la especialidad que supone la prestación de servicios sanitarios a fin de procurar la mejora de la salud de las personas aseguradas mediante la oportuna póliza, la STS citada en último lugar sienta la doctrina, que por su aplicación al supuesto de este debate, expresamos a continuación; "dicha responsabilidad convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado, y obliga a aquélla a prestar la asistencia no solo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, quién resulta defraudado si la asistencia facilitada resulta incorrecta y, como sucede en este caso, con graves consecuencias en la salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo que atendió a la lesionada; con lo que

vino a solidarizarse con el resultado negativo producido, por lo que debe asumir las correspondientes responsabilidades, no solo por el hecho ajeno, sino también por el hecho propio, dándose yuxtaposición de culpas: la contractual referida (aseguradora-asegurado) y la extracontractual, ésta en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, habida cuenta de que en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a un paciente concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (SSTS de 7 de febrero de 1990 (EDJ1990/1168) y 22 de febrero de 1991 (EDJ1991/1876), actuando la extracontractual para completar la contractual (SSTS de 11 de marzo (EDJ1996/953) y 8 de julio de 1996)».

Además se pueden anotar otras diferencias no menos significativas:

a) El fiador puede invocar el beneficio de excusión, mientras que el promitente no le puede oponer al promisario el no haber procedido antes contra el tercero.

b) El fiador goza de la acción de regreso contra el deudor, mientras que el promitente no le puede reclamar al tercero nada de lo que él ha pagado como indemnización.

No obstante, si conceptualmente existe esa diferenciación, nada obsta a que una promesa de hecho ajeno pueda contener en sí una obligación propia de la fianza, cuando se pacta que el promitente responderá del cumplimiento por parte del tercero cuando éste se obligue respecto al promisario.

A mi parecer, en realidad, la relación contractual en el contrato de gestión de servicios médicos, se da entre la gestora y el cliente nada más. No caben pues, interferencias de voluntad que competan a otros en este contrato. La obligatoriedad, la garantía, si se quiere, y el resultado corren por cuenta de la gestora y, solamente ésta responderá de incumplimiento o de cumplimiento incorrecto ante el cliente, aunque incluso pudiera hacerlo solidariamente con los médicos que atendieron al particular debido a la relación de dependencia de aquéllos con la empresa. Así, lo ha venido a entender la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de fecha 12 de diciembre de 2005 (EDJ 2005/265448), cuando en su Fundamento de Derecho 2º, indica que

«... la entidad apelante asumió no sólo el pago de los gastos médicos sino la efectiva prestación de la

asistencia sanitaria a través de los facultativos y los medios que la misma determina y en las condiciones y requisitos que la póliza detalla, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la Compañía. Frente a estos hechos las pruebas que se invocan no desvirtúan en nada sus consecuencias, pues, si la relación es laboral o no laboral, si hay mayor o menor grado de dependencia, entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro, no es cuestión que, en modo alguno, puede invalidar la responsabilidad directa de la compañía, como prestataria de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984 art.25 y art.28, general para la defensa de los consumidores y usuarios...».

Pero el simple pacto de garantizar la actividad del tercero hay que interpretarlo, salvo voluntad contraria, en el sentido de que el promitente asume los riesgos de que el tercero no acepte lo que él prometió, pero no en el de quedar obligado hasta la consumación de todas las obligaciones. Ello por el principio de que la fianza no se presume.

En el contrato de gestión de servicios médicos hay una doble obligación de la gestora, es decir, resultado más

garantía. El tercero, médico, ya aceptó previamente lo que la gestora contrata con el cliente. La gestora queda obligada hasta la consumación de todas las obligaciones mientras dure el contrato.

ÁNGEL CRISTOBAL-MONTES¹⁸⁰, asimismo, dice que el que promete el hecho ajeno se obliga a desarrollar la actividad precisa para que el tercero cumpla el hecho prometido; se conforma así la promesa del hecho de otro como generadora de una *obligatio faciendi*, tesis que ha gozado y sigue gozando de notable acogida entre los civilistas preocupados por el tema. Ahora bien, si se considera que el promitente se ha obligado tan solo a hacer que el tercero ejecute la prestación o a hacer lo posible para inducir, determinar o motivar a dicho tercero parece lógico concluir que en cuanto aquél haya observado en el cumplimiento de tal obligación la diligencia propia de un buen padre de familia deberá quedar exonerado de toda responsabilidad aun cuando, en definitiva, el tercero no llegue a cumplir el hecho prometido.

En este sentido, LUDOVICO BARASSI¹⁸¹ estima que las dos interpretaciones posibles de la norma (el promitente se obliga

¹⁸⁰ ÁNGEL CRISTOBAL-MONTES, "Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno", «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1.974, pp. 668 a 671.

¹⁸¹ LUDOVICO BARASSI, "La teoria generale delle obliazioni", II, Le

a hacer cuanto pueda para obtener que el tercero acepte obligarse y el promitente asume la garantía, como en un contrato de seguro, de indemnizar al promisario para el caso de que el tercero rehúse ejecutar la prestación), debe aceptarse la primera, ya que el precepto ha de entenderse en el sentido más favorable al deudor, que sería particularmente dañado por un contrato de garantía; para él la promesa obliga a la indemnización, si el tercero se niega a cumplir la prestación, tan solo cuando el promitente no haya hecho todo lo posible para inducirle al cumplimiento, aparte de que la primera interpretación es, en caso de duda, más coherente con el contenido de una "promesa de prestación", que significa siempre, comprometerse a realizar el esfuerzo ordinariamente necesario para conseguir la prestación, que en el supuesto que se considera no es la obligación o el hecho del tercero, sino la actividad del promitente necesaria para conseguirla.

En el tema que me ocupa, el *facere* de la gestora ya ha hecho todo lo que le pudiera ser exigible; es decir, está completo antes de ofrecérselo como resultado al cliente. En cuanto a la obligación de garantía que asume la gestora, ésta no solo debe interpretarse como indemnización, sino también, como seguridad, de realismo en la verdad de su prestación de atención médica correcta al cliente.

Siguiendo a ÁNGEL CRISTOBAL-MONTES, otros autores, sin atreverse a conformar la obligación del promitente en términos tan radicales y crudos, tratan de conciliar una y otra interpretación; así, en relación al Derecho romano, ERNESTO MASSA¹⁸² sostenía que no es posible establecer a priori una regla general aplicable a todos los casos, sino que unas veces (por la intención de las partes y la naturaleza de las obligaciones) el promitente quedará liberado cuando haya actuado toda la diligencia para inducir al tercero a efectuar la prestación convenida, mientras que otras, será obligado a la prestación del *id quod interest* siempre que tenga lugar el incumplimiento por parte del tercero aunque haya actuado toda diligencia; para GIOVANNI PACCHIONI¹⁸³ en el Derecho moderno ya no se trata de ver en qué términos ha prometido el promitente, sino de cuál es su verdadera voluntad, y, por tanto, es esta voluntad la que da contenido a la respectiva obligación, por lo que la misma podrá tener la mayor variedad de contenido: podrá ser entendida como simple compromiso de hacer lo posible para determinar al tercero a asumir la obligación o ejecutar la prestación, o como garantía para el caso de que el tercero no asuma la obligación o, asumiéndola no la cumpla; el determinar si el promitente ha querido contraer una u otra de

¹⁸² ERNESTO MASSA, "Il contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano", «Archivio giuridico», 1.893, pp. 211 a 212.

estas obligaciones dependerá exclusivamente, cuando la ley no traiga disposición especial, de la interpretación del respectivo convenio.

Aun con estos condicionamientos y exclusiones resulta difícil admitir la tesis de que la obligación del promitente se limita a tener que hacer lo posible para que el tercero cumpla y de que, en consecuencia, queda exonerado de toda responsabilidad cuando pese al incumplimiento de éste, haya actuado toda la diligencia necesaria en tal sentido; y resulta difícil de admitir porque una obligación que tenga por objeto "la actividad del promitente necesaria para conseguir el hecho del tercero" es en realidad una entelequia desprovista de auténtica sustancia jurídica.

En efecto, la actuación o no de la conducta debida por parte del promitente (entendida en la forma señalada) es intrascendente e inoperante frente al promisario; cumpla o no el deudor la prestación, el acreedor no obtiene ni la satisfacción ni la vulneración de su derecho, tan solo el cumplimiento o incumplimiento por el tercero del hecho contemplado le afectará. Ahora bien, ¿cabe hablar con rectitud de la obligación cuando la prestación asumida por el deudor no

¹⁸³ GIOVANNI PACCHIONI, *Ob. cit.*, p. 553.

es susceptible ni de realizar ni de quebrantar el derecho del acreedor?

Parece evidente que en el contrato de gestión de servicios médicos, las reclamaciones se centrarían en la gestora que es quien ha contratado con el cliente la prestación de unos servicios médicos correctos, haciendo realidad una obligación de resultado. En este sentido, la atención médica correcta ya está incluida en el mencionado resultado, si se prefiere, además, como garantía de cumplimiento. Así lo ha reconocido la anteriormente referida Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, (EDJ 2007/274857) cuando en su F.D. 13º, apartado A) subapartado c), indica que

«...La responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual...»

La explicación de semejante situación radica en que cuando una persona se "obliga" a hacer cuanto pueda para

obtener la ajena actuación en realidad no se está obligando a nada, ya que su presunta actividad no puede constituir objeto de un verdadero vínculo obligacional por cuanto al no tener valor pecuniario no podrá venir referida a una ejecución forzosa en forma específica o por equivalente. Si el principio que sanciona en el Derecho moderno la validez de la obligación que contrae el que promete la ajena actuación determina que el promisorio adquiera un derecho contra el promitente, es obvio que para que dicho derecho sea tal ha de ser posible su realización, esto es, el titular debe poder obtener la satisfacción de su interés mediante el empleo de medios coercitivos contra el deudor (ejecución forzosa) caso de que éste no atiende voluntariamente a dicha satisfacción; pues bien, resulta que si el promitente no hace lo pertinente o adecuado para determinar al tercero a cumplir el hecho prometido, no será posible la ejecución forzosa en forma específica porque la actividad del deudor, dadas las características del contrato que se considera, es insustituible, pero tampoco cabrá recurrir a la ejecución forzosa en forma genérica, ya que no habrá manera de determinar el monto de la indemnización en cuanto el daño que experimente el promisorio no está determinado por la inacción o improcedente conducta del promitente, sino por no avenirse el tercero a efectuar el hecho que se convino.

La prestación de la gestora es susceptible de valoración económica en función de los daños y perjuicios producidos al cliente. La obligación de aquélla no se mueve en la inseguridad o en la duda, en cuanto a su percepción por parte del cliente. Este acepta su solidez no dependiente de nada ajeno al contrato para su realización.

Como antes se apuntaba, la razón de semejante anomalía se halla en que concebido el comportamiento debido del promitente en la forma que se critica, no hay verdadera obligación a su cargo, pues ésta precisa para existir el estar dotada de una prestación susceptible de valoración económica, y la que comentamos no lo es. El admitir la construcción reseñada supondría, en consecuencia, que el Derecho moderno tras una larga y dificultosa evolución ha venido a reconocer la validez de la promesa del hecho ajeno para encontrarnos con la desorientadora y paradójica conclusión de que, en definitiva, a nada queda obligado el promitente, porque concebida su conducta como mera actuación encaminada a motivar o procurar el hecho ajeno, ella no tiene, desde el punto de vista jurídico, entidad ni relevancia suficiente como para integrar un genuino objeto de obligación; algo que por absurdo e irracional debe desecharse.

En relación a este punto, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS¹⁸⁴ hace las siguientes atinadas observaciones:

«En cambio, es acertada la objeción de que independientemente del resultado al cual mira, la prestación del deudor no tiene valor. Y es acertada si se observa el supuesto siguiente: el tercero, con independencia de toda gestión por parte de quien prometió su hecho, cumple frente al acreedor de aquél. No hay duda de que, en el terreno de la teoría que criticamos, ha existido un incumplimiento consistente en la no realización de las gestiones oportunas. Pero un incumplimiento que quedaría sin sanción, por no poderse exigir daños y perjuicios al no haberse causado ninguno, debido a la actuación del tercero per se».

Con ser cierto lo transcrito, nosotros vamos todavía un poco más allá, pues pensamos, según se ha expuesto anteriormente, que aun en el caso de que el tercero no realice el hecho prometido pese a que el promitente haya actuado en forma cónsona para inducirlo, algo que debería conceptuarse como obligación por parte de éste, el promisario no ve realizado su derecho ni satisfecho su interés, y ¿cabe hablar de cumplimiento sin satisfacción del acreedor? De la misma

¹⁸⁴ ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Ob. cit.*, p. 8.

forma que no hay incumplimiento voluntario cuando no se prescribe responsabilidad del deudor, tampoco hay cumplimiento cuando la conducta de éste no realiza el derecho del acreedor.

Podría pensarse que cuando la norma habla de que el promitente "está obligado a indemnizar al otro contratante" caso de que el tercero no ejecute la prestación prometida, tal indemnización cabe estimarla como el perjuicio económico derivado de no haber hecho el promitente lo que estaba en sus manos para conseguir el cumplimiento por parte del tercero, pero la falacia de esta argumentación se advierte con presteza si se considera que el monto de la indemnización se calcula en función de los daños y perjuicios sufridos por el promisorio por la inejecución del tercero y no en función del detrimento que pueda haber experimentado por el incumplimiento de la obligación del promitente, porque, como se ha visto, de este incumplimiento en sí y por sí el acreedor nada puede sufrir porque es patrimonialmente intrascendente.

En el contrato de gestión de servicios médicos, al contemplarse en la obligación de resultado de la gestora la incorrecta atención médica, respondería ésta y también el cuadro médico auxiliar o dependiente de la misma, ya que éstos se encuentran incluidos *in obligatione*. Así lo expresa la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 4 de

diciembre de 2007, (EDJ 2007/274857) cuando en su Fundamento de Derecho decimotercero, apartado A) subapartado b), manifiesta que

«... la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica...»

En el mismo sentido, se han pronunciado las Sentencias de fecha 4 de octubre de 2004 (EDJ 2004/147763) y de 17 noviembre de 2004 (EDJ2004/183456).

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS¹⁸⁵ piensa que aun cuando la actividad del deudor no tiene, con independencia del resultado a que se orienta, ningún valor pecuniario, no cabe, de todas maneras, sostener que la prestación carece de posibilidad de valoración cuando se incumpla, ya que podría ser perfectamente valuada por la concreción del daño sufrido al acreedor ante la no realización de lo prometido a cargo del tercero; algo que nosotros no compartimos, pues lo que no tiene valor económico no puede ser evaluado. Estimar que el daño sufrido por el incumplimiento del promitente puede ser el que experimenta el promisorio al rehusar el tercero la ejecución del hecho prometido no implicaría un cumplimiento por equivalente porque el monto a pagar nunca sería la contrapartida de la "

¹⁸⁵ ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Ob. cit.*, p. 8.

prestación " incumplida, sino la representación de otra y ajena prestación que no llegó a realizarse, y ello se encuentra más cerca (aunque no lo sea tampoco) de la cláusula penal que del cumplimiento genérico o por equivalente; aparte de que si la indemnización por daños es el equivalente económico de la prestación incumplida mal podrá considerarse, desde el punto de vista jurídico, que tal función se realiza cuando para su estimación se recurre a una prestación distinta de la fallida cuyas consecuencias se tratan de paliar, y de que no deja de sonar como algo insólito o al menos dudoso, que no teniendo la actividad del promitente, en sí y por sí, como bien dice GULLÓN BALLESTEROS, ningún valor pecuniario, sea posible, empero, su evaluación con referencia a otra conducta extraña, porque lo que no es susceptible de valoración monetaria por sí, menos podrá serlo por referencia a un externo acontecer o situación.

La tesis de los que piensan que habrá que acudir a la intención de las partes para saber cuándo el promitente se ha obligado tan solo a hacer lo posible para inducir al tercero a cumplir y cuándo, en cambio, su responsabilidad surgirá siempre que dicho tercero no cumpla con independencia de las gestiones que haya efectuado¹⁸⁶, no constituye una solución

¹⁸⁶ LUDWING ENNECCERUS y HEINRICH LEHMANN, *"Derecho de obligaciones"*, I, Editorial Bosch, Barcelona, 1933, pp. 172 a 173.

satisfactoria del problema teórico planteado, porque aunque se aceptase, como ella lo hace tácitamente, que la norma que formula la promesa del hecho de otro no es de *ius cogens* (circunstancia que no es tan clara ni pacífica como se pretende), y por tanto, pueden los interesados conformar el contenido de la obligación del promitente de una u otra manera, siempre quedaría en pie la sustancia de la cuestión: ¿Cómo debería entenderse el precepto en los casos en que no fuese posible determinar cuál fue la intención de los contratantes?

La gestora no garantiza solamente el cumplimiento para el caso de que el cuadro médico no lo haga; garantiza su propio cumplimiento que no es un efecto de lo anterior. Es el

«... El contrato por el cual se promete la prestación de un tercero es también válido. Pero, naturalmente, el tercero no está obligado, sino solo el promitente a una de estas dos cosas, según el sentido del contrato: o bien a molestarse a procurar por todos sus medios, que el tercero haga la prestación (contrato de procurar) o a provocar la prestación del tercero (contrato de garantía). En virtud de gestiones diligentes, aunque sin resultados, el promitente se libera en el primer caso, no en el segundo.

Sostiene que el llamado contrato a cargo de tercero, "más que a una necesidad, responde al atractivo que sobre la doctrina ejerce la simetría de los conceptos. Por ello, se ha intentado hallar un contrato a cargo de tercero que sea la contrapartida del contrato a favor de tercero».

JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL, "La estipulación a favor de tercero", Editorial Montecorvo, Madrid, 1.985, p. 157.

«... En rigor, aquí tampoco existe incidencia en la esfera jurídica del tercero. Puede sin embargo, surtir un efecto para él si con su asentimiento cumple o realiza aquella prestación (reverso lógico del contrato a favor de tercero). Pero ese efecto es producto del negocio que concluye el mismo tercero con el promitente, nunca efecto del que media entre promitente y promisario que es la asunción por el primero del riesgo de que el tercero no se vincule con el segundo. Esa asunción del riesgo se traduce en una indemnización de daños y perjuicios que ha de satisfacer el

resultado de una obligación cuyo contenido está colmado y así se contrata con el cliente. Hay vinculación de médicos y gestora formando un todo que es contractualmente válido para el particular. Es decir, la gestora no es dependiente del cuadro médico para ejecutar su prestación porque ya la tiene conseguida y sí es posible que los facultativos lo sean en cuanto a que sin los clientes que les proporciona la gestora no pueden actuar en este contrato.

En efecto, conformada la norma como de naturaleza dispositiva el problema continuaría planteado en esencia en los mismos términos, por más que se redujera la esfera operativa práctica de la misma; el promitente se obliga en forma más o menos rigurosa según cuales sean las cláusulas contractuales concertadas, pero siempre estará presente y habrá que atender a su solución teórica, la hipótesis de que las partes se hayan remitido o cobijado bajo el principio sin ninguna especificación, y para tales casos es obvio que habrá de determinarse cual es la naturaleza jurídica y el alcance de la obligación que contrae el que promete el hecho ajeno, porque desde luego a este nivel no cabe en forma seria sostener que dicha obligación puede tener uno u otro contenido. Con una dificultad final que plantea la construcción que se comenta, y es que como la naturaleza de la

promitente, si el tercero no se vincula con el promisario. (sobre el

norma dispositiva supone que su aplicación sólo tiene lugar cuando los interesados no han querido otra cosa distinta a lo por ella dispuesto, resultaría que, si en el caso en estudio la voluntad negocial puede configurar la obligación del promitente como obligación de hacer lo conducente para inducir al tercero o como garantía del cumplimiento de éste, ni una ni otra debería ser la naturaleza de la obligación cuyo contenido formula la norma de manera supletoria, sino una tercera y diferente respecto a la cual los autores sustentadores de esta teoría no nos dan luz alguna.

**IV. CONCLUSIONES: EL CONTRATO A
CARGO DE TERCERO Y LA
NATURALEZA JURÍDICA DE LA
OBLIGACIÓN DE LA GESTORA EN EL
CONTRATO DE GESTIÓN DE
SERVICIOS MÉDICOS. ANÁLISIS
COMPARATIVO**

ÁNGEL CRISTOBAL MONTES analiza la obligación del promitente (gestora) como obligación de hacer lo posible para que el tercero cumpla desgranando muy acertadamente los inconvenientes de la misma. Se considera que la obligación principal consiste en un hacer o en un garantizar ese hacer en caso de que no se produzca, dos pues son las posibilidades que amparan al promisorio (cliente). El hacer es criticado por su falta de consistencia ya que no puede conducir a la satisfacción de la contraparte, ese procurar, ese inducir no garantiza en modo alguno la prestación del tercero (cuadro médico) a la que incuestionablemente falta más peso traducido en razón jurídica.

Si el promitente se dedica como objeto de su obligación a hacer todo lo posible para conseguir la actuación del tercero, está ofreciendo al promisorio no una promesa y sí una posibilidad; no está asegurado nada, no está haciendo bueno ni tan siquiera el nombre de la figura jurídica de que se trata. Si esto es un contrato a cargo de tercero o una promesa del hecho ajeno, el hacer debe ir encaminado a un fin que ya se tiene conseguido en el momento de contratar, aquí no cabe especular y sí gestionar como se puede producir el tercero dentro de una relación jurídica que a su vez tiene con el

promitente. Al promisorio, únicamente le interesa saber esto, éste da por hecho que el tercero actuará y por consiguiente, va a satisfacer el contenido de lo que contrata. Hacer, sí, pero un hacer certero, cierto en su presentación al promisorio, garantizado en sí mismo, no en una espera y menos en una esperanza de obtener, puede consistir la prestación del promitente, pues en otro caso, ¿qué estaría contratando el promisorio y ofreciendo el promitente?

Por tanto, lo real en el contrato de gestión de servicios médicos es que ya está dado el consentimiento del cuadro médico, mediante un acuerdo de voluntades anterior al acuerdo de voluntades entre la gestora y el cliente, y que supondría posiblemente, o una relación de carácter laboral o de arrendamiento de servicios entre la gestora y los facultativos.

Sin duda, la seguridad de saberse correspondido es lo que mueve al promisorio a llevar a cabo el negocio, el promitente no garantiza únicamente para el supuesto de que el tercero no cumpla, garantiza para el caso de que él no cumpla con lo que ya tiene conseguido -la prestación del tercero- no poniéndola a disposición del promisorio, una vez perfeccionado el contrato.

La obligación de medios escapa, pues, a toda posibilidad de aplicación. Para poder encajar la gestión de servicios médicos en la promesa del hecho ajeno, sería necesario aportar una concepción más actualizada de la figura, con menos dependencia del tercero, y entonces, demostrar cómo sin forzarla y sí renovándola, pudiera ser posible conseguirlo.

El gestor indica al promisorio la ventaja en el mundo actual de poseer una atención médica y hospitalaria, por si le fuese preciso, a cambio de un precio cierto. Le está ofreciendo un hacer con el que ya cuenta, no está moviéndose en el terreno de la duda, de lo inseguro, de lo escasamente verdadero. La relación jurídica se va a establecer entre el promitente y el promisorio, por un lado, y entre el tercero y el promitente, por otro. La primera, puede dar lugar a las más numerosas especulaciones; lo real es que ya está dado el consentimiento del tercero, ya sabe el promisorio que el tercero va a cumplir. De otro modo, ¿qué puede ofrecer el promitente? ¿Desplegar sólo su buen hacer tendente a convencer al tercero de la oportunidad de concluir un negocio del que solamente él es el responsable?

La obligación en nuestros días no se concibe así. Pues aunque aceptando que el tercero no entablase relación directa con el promisorio, sí la entabla con el promitente, está

celebrando, mejor dicho, ha celebrado un contrato, un negocio con éste, en virtud del cual se compromete a realizar prestaciones en favor de aquel promisorio que se le indique. El punto de partida, entonces, debe ser el anterior acuerdo de voluntades entre ambos, anterior, repito, al acuerdo de voluntades entre promitente y promisorio.

Si el promitente ofrece, es porque puede, si promete es porque está seguro, o ¿es que alguien se arriesgaría a contratar algo que pretende solucionar posibles acontecimientos de la vida en relación con su persona, con su integridad física sin tener la seguridad de recibir la contraprestación adecuada cuando ya se cumplió con la que se debía?

La seguridad por tanto, es de los contratantes a partes iguales. Seguridad del promitente en la oferta; seguridad del promisorio en que una vez llevado a cabo el negocio será atendido en todo aquel supuesto que contemple el contrato. Seguridad en que la obligación del promitente tiene contenido real y no se trata de una mera suposición, de una actividad vacía de finalidad si ésta no se consigue. No se pueden conformar figuraciones y ofrecerlas como prestación cuando la otra parte está cumpliendo con una realidad tan tangible como es el precio.

Prometer que el tercero hará ¿a cambio de qué? Lógicamente de una remuneración que forma parte de esa relación jurídica en la que el promisorio no interviene y que constituye el aseguramiento, la garantía del futuro cumplimiento de aquél. El que se esté cumpliendo para recibir como contraprestación un deseo no se desprende de la propia naturaleza de las cosas e inevitablemente conduce al análisis riguroso de ante que clase de obligación de hacer nos encontramos; ante un hacer para conseguir, o ante un hacer asegurado en su propio origen, incluso con anterioridad a su nacimiento contractual cuando este hacer va dirigido a satisfacer la prestación que demanda la parte que contrató.

Asegurado, no con carácter supletorio para el caso de que no sea posible obtener lo que se prometió y consiguientemente se deba recurrir a otro tipo de satisfacción. Asegurado, porque ese hacer ya es del promisorio en el sentido de que en él consiste, radica la propia prestación del promitente en su todo absoluto, es ella misma considerada. Por tanto, hacer y tener constituyen la simbiosis perfecta, inseparable, no se concibe lo uno sin el otro, hacer algo que ya se tiene conseguido se activa mediante el contrato cuando se dan por hechas, por realizadas las varias prestaciones a ejecutar en el servicio médico y hospitalario a cargo de tercero.

Hacer para conseguir la prestación del tercero no es auténtico, sin embargo, un hacer entendido como puesta a disposición del promisorio por el promitente de la obligación que el tercero a su vez ha contraído con éste en virtud de la anterior relación jurídica que vincula a ambos y que consiste en atender a aquél dentro de lo establecido en el negocio y que implica, por lo tanto, la tenencia de hecho de lo que se ofreció al contratar y que no es otra cosa que el deber de cumplir para el promitente afirmando al promisorio que el tercero llevará a cabo la prestación sin ningún género de dudas porque se encuentra compelido a ello, es contemplar la obligación del promitente en toda su dimensión, despejando incógnitas poco apropiadas al tipo de relación que en puridad debe presidir la gestión de servicios médicos, eliminando de la misma la sensación de falta de confianza, de seguridad en que se realizará lo que se pactó. Prometer el hecho propio de procurar que otro haga no contiene la decisión suficiente como para que la contraparte crea que será objeto de justa reciprocidad, si por obligación del promitente se considera la principal, es decir, la prestación del tercero, que ya forma parte de la suya, y no otras calificaciones como la de procurar que en nada ayudan a la verdad de la prestación de quien promete.

Emplazar al promisorio en la espera, supone, si no es posible alcanzar el objetivo de cumplir, frustrar en su esencia los elementos del contrato, o la precisión de alguno de ellos, pues según el art. 1.261 del C.c:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes

2º Objeto cierto que sea materia del contrato

3º Causa de la obligación que se establezca».

¿Tendría precisión un objeto cierto que sea materia del contrato basado en una promesa de conseguir?

La gestión de servicios médicos, como contrato que es, implica la consecución de un resultado. Conviene por tanto precisar el ámbito, los parámetros en virtud de los cuales se puede ubicar el mismo, como conseguirlo, o si está ya conseguido al contratar.

Es necesario recordar, que en la acción para que el contrato sea posible, intervienen por un lado la GESTORA DE LOS SERVICIOS MEDICOS, por otro, el CLIENTE, y un tercero que a su vez mantiene una relación jurídica, de carácter laboral o

de arrendamiento de servicios, con la propia GESTORA y otra, extracontractual, con el cliente cuando éste lo requiera, ese tercero es el MEDICO. En este sentido, se expresa la Sentencia citada anteriormente, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 4 de diciembre de 2007, (EDJ 2007/274857), F.D. 13º, apartado A), subapartados a) y b), cuando dice, respecto a la responsabilidad de la entidad aseguradora de la asistencia médica:

«...El título más frecuentemente invocado ha sido el de la responsabilidad por hecho de otro dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1.903 I y IV CC y art. 1.903.4. Este título ofrece la dificultad de conciliarlo con la naturaleza contractual que reviste la relación del asegurado con la aseguradora, la cual ha sido salvada, implícita o explícitamente, mediante la doctrina de la llamada unidad de la culpa civil o mediante la aplicación analógica de normas reguladoras de la responsabilidad contractual a la extracontractual (v. gr., STS núm. 922/1999, de 2 noviembre, recurso de casación núm. 742/1995 EDJ1999/33530)...

... La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos casos en los cuales la

relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios, según la califica habitualmente la jurisprudencia. Algunas sentencias de esta Sala han fundado la dependencia en la existencia de este tipo de relación (STS de 12 febrero 1990 (EDJ1990/1343), y STS núm. 923/1999, de 10 noviembre (EDJ1999/32885) ...

... Cuando el criterio de la dependencia se revela como insuficiente, la jurisprudencia ha puesto el acento en la naturaleza contractual de la responsabilidad que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica».

En este mismo sentido, se ha pronunciado las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fechas 6 octubre 1.992 (EDJ1992/9700), 15 febrero 1.993 (EDJ1993/1392), 5 de julio (EDJ1994/11374), 27 septiembre (EDJ1994/8029) y 29 noviembre de 1.994 (EDJ1994/9371).

Con este planteamiento, la relación que más interesa para lo que nos ocupa, es la establecida entre la gestora y el cliente a efectos de poder concretar cual es el resultado pretendido por ambas partes. Es incuestionable que la

satisfacción de los contratantes debe ser plena, plenitud que debe partir de la observancia y el cumplimiento, jamás de la ambigüedad. Cuando se debe se cumple, y si se cumplió es porque se debía. ¿Pero deuda y cumplimiento se producen en el mismo instante de la celebración del contrato? ¿Existe cumplimiento instantáneo por ambas partes, o sólo una de ellas cumple y además lo hace por anticipado? ¿Es consciente la parte que ya ha cumplido de que el cumplimiento de la otra puede que no sea *ipso facto*, y sí posterior? ¿Es esto lo que espera al contratar quien cumplió al hacerlo, o cree que el cumplimiento de la otra debe ser al mismo tiempo que el suyo, cuando la gestora ya tiene conseguidos los medios para cumplir? A todas estas preguntas debe dar contestación el análisis de la propia naturaleza de la obligación y como consecuencia el comportamiento del obligado.

La obligación que asume la gestora puede plantear su incardinación en alguna de las categorías en que se dividen los arrendamientos (de servicios o de obra), y por tanto, las obligaciones que generan éstos conducen a cumplimientos diferentes. No es lo mismo aceptar por la gestora que la obligación que tiene es de medios o de resultado. No es lo mismo hacer todo lo posible para conseguir cumplir, asegurando que se cumplirá, que el cumplimiento ya esté logrado y su tenencia en poder del cliente desde el preciso momento en que

las partes aceptan vincularse jurídicamente mediante el contrato. Estoy refiriéndome a un resultado de presente y no de futuro.

Si debe obtenerse un resultado previamente establecido, es que una parte lo fijó y la otra estaba de acuerdo, o existió negociación preliminar entre ambas pactando el contenido no de la obligación del cliente que resulta clara pues consiste pura y simplemente en el pago, sino la de la gestora debiendo o cumpliendo con los ofertados servicios médicos

En el primer supuesto (que es el más común), a la parte que acude a la gestora tan solo le queda adherirse a algo que ya estaba determinado -obtención por parte del cliente de los servicios médicos previo pago de su importe- con anterioridad a su utilización. En este caso, el cliente no discute, ni trata de mejorar su posición dentro del contrato, es requerido para cumplir y lo hace abonando el precio, en ese preciso momento nace la obligación de su contraparte. El cliente dio satisfacción a la gestora pagando, ¿pero cómo se concreta aquí el concepto de resultado? ¿Se entiende por tal el compromiso de cumplir o el mismo hecho del cumplimiento en el instante en que ya cumplió el cliente?

Si se acepta que con el COMPROMISO DE CUMPLIR ya se está cumpliendo, o iniciando el cumplimiento, o desplegando todos los medios posibles para cumplir, o que el propio compromiso de cumplir implica haber cumplido, lo que se está produciendo es el intercambio de un compromiso por parte de la gestora, con un hecho tan real y verdadero como es el pago del cliente. Esto pudiera presentarse ante éste como que la propia gestora no ha asumido la misma realidad que ésta le ha hecho asumir a él, o incluso como una posible desvirtuación del objeto del contrato.

Si el INTERES que mueve al cliente se materializa en el OBJETO DEL CONTRATO, éste consiste en la PRESTACIÓN, y ésta a su vez, implica SATISFACCION como RESULTADO que es igual a CUMPLIMIENTO. Consiguientemente, ¿puede el cliente darse por satisfecho con la mera promesa de cumplir de la gestora? ¿En eso consiste el objeto del contrato? ¿En satisfacer a quien todavía no lo ha hecho con éste, al menos en realidad?

El desplegar todos cuantos medios sean posibles y estén al alcance de la gestora para lograr la satisfacción del cliente significa que aún no se ha conseguido lo que se ofertó al contratar y que eran los servicios médicos que éste ya ha pagado, la consecución de éstos, parece al menos incierta, so pena que se entienda que dichos servicios se encuentran ya

conseguidos en el preciso momento en que al abonar éstos el cliente, se le entregue a éste el listado de los mismos y no una promesa o compromiso de ponerlos a su disposición cuando se consigan, pues lo que se está ofertando como cierto son los servicios médicos y no un despliegue de medios que, por otro lado son de cuenta de la gestora, ya que en ellos radica su actividad previa, pero que a la hora de contratar vende como resultado conseguido.

Esos servicios médicos se traducen en ATENCION al cliente siempre que éste la precise. La cuestión no es tanto el cómo se prestan si de vez en vez, en qué plazo de tiempo, o qué clausulado tiene el contrato que la gestora presenta a la firma al cliente. La verdadera cuestión estriba en qué se entiende por cumplimiento por parte de la gestora.

La realización de la oferta-prestación de los servicios médicos conlleva la necesaria clarificación de si las actuaciones para que ésta sea veraz son previas o posteriores al propio acto de la manifestación del consentimiento. Es decir, si la gestora ya ha llevado a cabo el consiguiente despliegue de medios tendente a conseguir el fin de poder ofertar esos servicios y lo ha conseguido, aquí habría realidad en la oferta e igualdad de prestaciones con respecto al cliente sin desvirtuar el objeto del contrato, el cliente

paga, la gestora cumple con la sinceridad de su oferta. O si por el contrario, cuando el contrato queda perfeccionado, es cuando la gestora emprende todas las actuaciones precisas para la obtención del resultado servicios médicos que ya ha ofertado al cliente como conseguido y cierto, haciéndole cumplir a éste con el pago mientras que recibe la desigualdad como contraprestación.

Si conseguida y entregada está la prestación del cliente (prócura del dinero necesario para hacer efectiva su prestación) pagando, también debe serlo la de la gestora - ofertando unos servicios con anterioridad conseguidos- entregándolos detallados en el listado de médicos y centros hospitalarios concertados en que se plasma la atención médica. ¿O es que existe una prestación distinta a la mencionada por parte de la gestora? El resultado está pues en los servicios médicos conseguidos y ofertados, y no en cómo procurarlos una vez que se ha firmado el contrato.

RESULTADO y CUMPLIMIENTO albergan pues una misma identidad, la SATISFACCIÓN de las partes que contratan.

Pudiera plantearse que el RESULTADO-ATENCION MEDICA al cliente solamente le alcanza cuando éste acude al cuadro médico para ser atendido y lo es. Aquí, más que ante un

resultado, se estaría ante la consecuencia del resultado-atención médica. Es decir, ante el hecho consumado de la atención que en modo alguno debe confundirse con la ATENCION CONTRATADA, que es a lo que la gestora se obligó cuando se produjo el acuerdo de voluntades, o al menos, eso se supone.

Además, si se interpreta que el resultado-atención médica se produce únicamente al caer el cliente enfermo, o ser su voluntad la de prestarse a un chequeo médico, la consecución del mencionado resultado dependería de un evento no previsible en cuanto a su materialización ni tan siquiera por el cliente en el caso de la enfermedad, y dependiente en todo de su voluntad en el supuesto del chequeo.

Por tanto, si no se sabe con certeza cuando el cliente se pondrá enfermo, y el resultado se debe conseguir para ese momento, desplegando todos los medios que fueren necesarios al efecto, el resultado-atención médica queda dependiente no del objeto del contrato y sí de la imprevisibilidad de la enfermedad, siendo esto último no un resultado propiamente dicho sino una indeterminación que se concreta cuando el evento enfermedad se ha manifestado.

También, es conveniente considerar que al no saberse con precisión cuando se consigue el resultado-atención médica, al

estar éste completamente vinculado a la posible enfermedad, se podría estar en presencia de una búsqueda interminable del resultado cada vez que dicha enfermedad se produjera y con ella la atención médica.

La gestora propone en su publicidad, entendida como oferta, los servicios médicos, no cabe duda que está realizando una afirmación:

"A cambio de un precio tiene usted segura su atención médica personalizada".

Aquí, en cuanto a lanzamiento al público, y salvo publicidad engañosa, no cabe lugar para la ambigüedad. Pero una cosa es, a efecto de lo que nos ocupa, OFERTA simple dirigida a la captación de potenciales clientes, y otra cosa muy diferente es averiguar, si dicha oferta tiene contenido en sí misma, es decir, si se materializa jurídicamente en OFERTA-OBLIGACION antes y al ser aceptada por el cliente, y esa obligación a qué tipo pertenece.

Si se trata de oferta-obligación necesariamente ésta contiene un fin que no es otro que la obtención de un resultado. Obtención que si se produce poniendo en práctica todos los medios necesarios para alcanzar el mencionado fin

tendría como contenido lo no conseguido todavía y sí ofertado, la consecuencia de esto sería una oferta-obligación sin materialización del resultado, y en este contrato de gestión de servicios médicos no se puede ofertar lo que no se tiene. Sin embargo, si la oferta-obligación asumida por la gestora es de resultado, y el mismo se concreta en los servicios médicos contratados, la gestión de éstos es el resultado previamente obtenido y posteriormente ofertado y convertido en OFERTA-OBLIGACION DE RESULTADO. No se puede alterar la creencia en el fin del contrato que el cliente tiene haciéndole albergar dudas respecto a que cada vez que se persone ante la gestora, ésta emprenderá todas las actuaciones necesarias para proporcionarle el RESULTADO ATENCION MEDICA (SERVICIOS MEDICOS) que ya contrató, que dio como ciertos y además abonó.

El concepto de resultado es lo que da confianza al cliente, es su objetivo al contratar, no desea, ni necesita recibir otra cosa de la gestora. El planteamiento jurídico de este contrato de gestión de servicios médicos, debe responder en su naturaleza a esa demanda-convicción en que lo que él contrató es verdadero y seguro, no dependiente de circunstancias ajenas a otra realidad que no sea el cumplimiento recíproco: Intercambiando PRECIO POR ATENCION MEDICA. El hacer, el gestionar no se incardina en conseguir para después de contratar, se ha hecho antes, se ha gestionado

antes de esto, no se hace y gestiona sobre cada demanda de atención médica, se tiene un todo por parte de la gestora que es el resultado atención médica ya logrado y por tanto, asumido por los contratantes al llevarse a cabo el contrato.

Contenido pues necesario de esta relación jurídica, es sin duda la satisfacción mutua que radica en el cumplimiento, pero para cumplir en el preciso instante de contratar. Este concepto ha de estar ya muy claro, completamente definido, sin ambigüedades ni incertidumbres, si la recíproca del cliente fue pagar, cumplió con el resultado que de él se esperaba y además, le era exigible. No se hubiera admitido por la gestora dudas en cuanto a esto, ésta contrató con el cliente en base a la realidad del pago y no a un despliegue de medios para conseguirlo. La relación obligatoria a la que ambas partes se han comprometido impone conectar PODERES y no simplemente QUERERES sin certidumbre.

Si el resultado es aquello en virtud de lo cual se contrata, cabe entonces intentar aproximar su concepto a la realidad. Verdad es que todos los contratos persiguen un resultado, en esto radica la auténtica esencia de las relaciones jurídicas. El hacer de la gestora significa enfocado desde el planteamiento de una obligación de medios que la oferta de gestión de servicios médicos responde a la

venta previamente a su consecución de los frutos de una gestión que todavía no se ha producido, es decir, a la venta de un resultado sin obtener, y que no se sabe siquiera con certeza si se conseguirá. Por tanto, se está vendiendo un hacer que queda todavía por hacer cuando el cliente ya ha hecho pagando. ¿Dónde está la correspondencia entre los resultados?

Desde el planteamiento del hacer para cuando se presente ese hacer, éste en sí mismo y sin materialización no es nada, por tanto, el intercambio de prestaciones carece de realidad desde la parte de la gestora de servicios médicos, pero sí que la tiene desde la parte del cliente.

¿No existe prestación tangible, no existe atención médica conseguida cuando al cliente la gestora le hace entrega de la lista de hospitales, clínicas y médicos que se supone le atenderán? ¿O se debe esperar a que la enfermedad, o el propio interés del acreedor cliente en hacerse un recomendable chequeo muevan a éste a requerir de aquélla que emprenda todas las actuaciones necesarias para darle satisfacción?

Cuando se entrega el listado de centros médicos y hospitalarios, así como de los correspondientes facultativos, la gestora debe tener ya el resultado atención médica

conseguido. De no ser así, la búsqueda y realización de ese resultado cada vez que el cliente lo solicite, convertiría la oferta-gestión de la gestora en un hacer respecto a cada demanda de cada cliente, algo así como fabricar un automóvil cada vez que exista un pedido.

Los servicios médicos, la atención médica, debe estar prevista y obtenida por la gestora si se quiere hacer creíble su oferta al público. Los medios para conseguirla se debieron poner antes de que se produzca la captación de clientes, de lo contrario, se corre el riesgo de ofertar un compromiso cuya traducción a la realidad se incardina en lo posible pero también, en lo inseguro.

Seguridad pues, demanda el acreedor cliente en la contratación, seguridad total en que su prestación tendrá reciprocidad cierta, auténtica, verdadera. El resultado, no como fin que se debe alcanzar sino como lo alcanzado previamente, conformando la oferta que la gestora lanza y con posterioridad convierte mediante la aceptación del cliente en el contrato de gestión de servicios médicos.

El concepto de resultado en este contrato, implica consecución, logro, diligencia llevada a cabo antes de ofrecer, de ofertar la prestación, es decir: la diligencia

conlleva el resultado que ya va dentro del objeto del contrato, y el objeto no es otro que la prestación. El resultado (finalidad objetiva) debe primar sobre cualquier otra consideración jurídica, el hacer es igual a gestión y ésta igual a resultado, aquí la prestación no puede ser entendida como acción de cumplir para el momento de su realización después de contratar, acción sí, pero realizada anteriormente.

El artículo 1.184 del C.c. establece:

«También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare ilegal o físicamente imposible».

Este artículo puesto en relación con el 1.272 del mismo cuerpo legal que dice:

«No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles»,

plantea la cuestión de saber si el hacer de la gestora consiste en un medio para conseguir el fin concreto y deseado por el cliente, o es un resultado considerado en sí mismo, pues de no alcanzarse el resultado comprometido con un hacer

posterior al contrato, el cliente estaría en presencia de una imposibilidad objetivamente real por parte de la gestora, aún en el supuesto de haber desplegado todos los medios que la misma, subjetivamente, hubiese considerado necesarios.

La obligación de medios en el contrato de gestión de servicios médicos hace referencia al hacer en el sentido de actividad generadora y conducente a la obtención de un resultado, este hacer no se encuentra determinado en cuanto al tiempo de su realización enfocado desde un plano objetivo. La oferta no dice si este hacer implica, contiene lo hecho, simplemente se pone en conocimiento del cliente que está contratando con una gestora que se dedica a ofertar tales servicios médicos, luego ese hacer, esos medios desplegados que en el mismo se contienen ¿Cuándo se llevarán a efecto? ¿Sabe todo esto el cliente en el instante de celebrar el contrato? el hacer sin realización, en ese momento, se pudiera presentar como algo sin contenido efectivo ante los ojos de quien contrata en la creencia de que la reciprocidad entre los resultados existe desde el consentimiento, máxime cuando además de esto se está adhiriendo a las condiciones impuestas por la gestora, ya que parece sensato pensar que no existe un contrato "a la carta" para cada cliente.

Los MEDIOS que la gestora debe desplegar y que se encuentran comprendidos (se supone) en la propia oferta si tomamos el hacer de aquella como actividad para después del contrato no plantean duda respecto a qué clase de obligación se está contemplando.

Sin embargo, la literalidad del art. 1.184 del C.c. plantea «... cuando la prestación resultare ilegal o físicamente imposible», y si de ser este contrato de gestión de servicios médicos, de su prestación, no resulta nada de esto ¿Para qué esperar entonces a contratar y a partir de ese momento la gestora desplegar todos los medios a su alcance a efectos de la obtención del resultado atención médica? Dicho en otras palabras ¿Qué sentido tiene para el cliente aceptar y asumir intercambiar PAGO por INCERTIDUMBRE? Además, si el art. 1.272 del C.c. afirma que «... No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles», la obligación de la gestora, siendo de medios puede transformarse en imposible si tales medios fracasan y no se procura al cliente el resultado deseado por éste.

También, conviene analizar este artículo 1.272 del C.c. desde la perspectiva de la imposibilidad, en cuanto a que si ésta hace referencia al preciso momento de contratar y afecta a la propia prestación, evidentemente las consecuencias son

claras; pero, si tampoco existe certeza en proporcionar satisfacción al cliente, dicha imposibilidad no se plantea en el instante de la manifestación del consentimiento, pero pudiera trasladarse a otro posterior, con lo que si la prestación es imposible por naturaleza y se pretende contratar, no hay contrato; pero si se contrata y después deviene imposible, existe éste, pero el RESULTADO para el cliente es el mismo que si no se hubiese contratado, es decir: No se da la necesaria correspondencia entre las prestaciones si se contrató, y se frustra el contrato, que si de suyo la prestación era imposible.

La diferencia está pues en el INTENTO contenido en los medios desplegados por la gestora tendentes a conseguir el resultado para el cliente. Más si la gestora quiere que dicho intento no sea fallido debe contar además de con su VOLUNTAD Y PODER, con esos MEDIOS.

¿Cómo puede justificar la gestora que su oferta consiste en voluntad de obtener, poder efectivo para ello y medios necesarios, ante un cliente que ya ha cumplido con su prestación al contratar y al que solamente se le ofrecen posibilidades de procurarle el resultado apetecido?

En la voluntad radica el hacer como posterior materialización del querer. El contratante obligado a cumplir (en este caso la gestora) quiere hacerlo, pero si utiliza la obligación de actividad no puede asegurar a su contraparte la obtención de un resultado, salvo que éste consista solamente en intentar. ¿Puede ser entonces el intento objeto del contrato de gestión de servicios médicos? El cliente en pura lógica tiene puesta su confianza en el resultado atención médica y no somete a consideración, porque no es de su incumbencia lo que tenga que hacer la gestora para procurárselo. El comportamiento que debe llevar a cabo ésta para alcanzar el objetivo prometido en este contrato con una obligación de medios sería la actividad misma, el hacer y no las consecuencias de éste aunque no se logre nada. ¿Quién contrata hoy abonando por anticipado, es decir, cumpliendo con su propia prestación, otra que consiste en un hacer para conseguir? No se da satisfacción si no se produce el resultado contratado. Pensar otra cosa sería tanto como pretender recibir sin dar nada a cambio, y no se puede olvidar que en las relaciones, aunque sean puramente contractuales, la confianza de las partes además de plasmarse en el negocio, residen en la sinceridad de ambas a la hora de cumplir con lo que se han comprometido, y aquí, una de ellas ya lo hizo, y la otra, no se sabe con certeza si podrá hacerlo por mucha

voluntad que tenga, poder con que cuente y medios que despliegue.

El hacer de la gestora implica diligencia ¿Pero, cuál es la necesaria para cumplir? Si se trata de un concepto jurídico indeterminado ¿Cómo se gradúa ésta, cómo sabe la gestora que está poniendo la suficiente para alcanzar el fin previsto, al que se encuentra obligada por el contrato? El objeto del mismo reside en la prestación, en este sentido, el art. 1261 del C.c. afirma:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes...»

y en su ordinal n° 2 establece:

«... Objeto cierto que sea materia del contrato».

Desde luego, si por objeto cierto se toma del hacer de la gestora la certeza, contemplada desde una obligación de medios, no es absoluta en cuanto a la consecución del resultado es decir, a los frutos, si los hay, de ese trabajo que conlleva el hacer, puesto que esos frutos no forman parte del objeto, ya que éste se reduce simplemente al trabajo mismo. Con sinceridad, en las obligaciones de medios no se

está contratando un resultado a conseguir, solo una indefinida actividad para conseguirlo.

¿Puede conformar ese hacer de la gestora el objeto del contrato de gestión de servicios médicos? La prestación debida por ésta, para ser equivalente a la ya cumplida por el cliente debe incorporar la misma intensidad respecto a lo conseguido, no a lo que debe conseguir, el intercambio de prestaciones debe llevar implícito un intercambio de resultados, sólo así, se alcanzará la satisfacción del cliente al contratar.

Por resultado, en este contrato, no se puede considerar un hacer que con posterioridad, culmine en lo prometido, es decir, en lo hecho, en el resultado atención médica correcta querido y pagado por el cliente, porque cuando se celebra el contrato lo que realmente se produce es un intercambio de hecho por hacer, es decir, se ha producido el pago y por tanto, el cumplimiento por parte del cliente, no sucede igual con la gestora que todavía no ha cumplido, y sin embargo, ya ha recibido su contraprestación que sería entonces anticipada si tomamos su obligación como de medios y de resultado la de su contraparte. En otras palabras: no existe intercambio de resultados cuando el hacer de la gestora es tomado como tal resultado para hacer después.

Sin embargo, tomado el hacer igual a gestión y ésta igual ha resultado, mediante la separación antes de celebrar el contrato de aquéllos y preservando éste para el momento preciso de la celebración, se hace coincidir el contenido de la oferta atención médica con el resultado que verdaderamente contrata el cliente.

El hacer y el gestionar son previos en cuanto a los medios desplegados por la gestora a la hora de obtener el resultado que se presenta a la contraparte en el instante de la aceptación. Los medios son solo algo necesario para conseguir, el gestionar los implica, pero lo que se ofrece al cliente en la oferta, está completamente gestionado. Esto último, comprende el resultado, el logro dependiente de la previa actuación de la gestora, los medios en sí mismos considerados no suponen satisfacción, ni tan siquiera poseen el suficiente realismo en este contrato como para conformar su objeto, son eso, necesidades ineludibles sin las cuales sería imposible conseguir el fin, pero no son el resultado que se vende al público, no son lo hecho. Esos medios suponen una ACTIVIDAD encaminada a una consecución, que es en lo que consiste el hacer de la gestora, mas la actividad por la actividad no genera necesariamente lo deseado, y ante esto, solamente incertidumbre se intercambiaría con el cliente en el

supuesto de que la oferta de la gestora consistiera nada más que en medios para obtener un fin, entonces ¿a qué se compromete ésta?

La gestora de servicios médicos no puede ofertar simplemente su vocación de prestar éstos sin antes haberlos conseguido, el cliente no puede conformarse con la mera actividad cuando ya ha cumplido mediante el pago con el resultado que aquélla le había encomendado, ¿O en las obligaciones de ambas partes no existe desproporcionalidad? Es decir, en la de la gestora solamente se promete conseguir y sin embargo, con la del cliente se cumple, en este sentido el art. 1.157 del C.c. establece que:

«No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía»

Aquí, la obligación de la gestora al ser de hacer, en sí misma, no contiene el resultado, considerándola de medios, implica, eso sí, la diligencia del deudor encaminada a alcanzarlo, ésta se hace objeto de la obligación, permaneciendo fuera del contrato el resultado querido y buscado por las partes. Sin embargo, tomado el hacer como FIN PRACTICO, al tenerse HECHA LA GESTION QUE CONFORMA LA OFERTA,

se satisface el interés primario del cliente y se elimina la aleatoriedad o incerteza que conlleva toda obligación de actividad. Con esto, se logra establecer el equilibrio entre las prestaciones evitando que aquél, al ser su obligación de DAR, cumpla antes mediante el pago del precio establecido por la gestora, y ésta al tener que hacer una vez se ha contratado, ofrezca solo una satisfacción potencial cuando recibe una real. También quedaría contemplado el último párrafo del mencionado art. 1.157 del C.c. que dice «... cuando completamente ... o hecho la prestación en que la obligación consistía».

El resultado, queda por tanto, dentro de la obligación que contrae la gestora, con el cliente en el contrato de gestión de servicios médicos, sin depender de una actuación más o menos diligente del deudor, y cuya consecución entonces no estaría comprometida en el ámbito de la relación obligatoria.

Contemplar pues, el hacer de la gestora como actividad encaminada a la consecución del resultado atención médica correcta, instala la celebración del contrato en la incertidumbre en cuanto al cumplimiento de aquella con lo que le corresponde. La obligación de actividad juega aquí, el papel de un compromiso debilitado por la actuación consumada

de la contraparte. El cliente no promete simplemente, lleva a cabo lo que le es exigido para poder contratar: El REQUISITO-OBLIGACION PAGO, no siendo de interés para la gestora ni la causa ni los motivos que impulsaron a éste a procurarse seguridad en su salud. Consiguientemente, la obligación de medios no se corresponde con la realidad de la situación, el desequilibrio en el intercambio de realidades resulta evidente: "YO INTENTO CONSEGUIR PARA CUANDO LO NECESITES, AHORA QUE YA HAS CONSEGUIDO TÚ"; es decir tanto, como que la intención formal de la gestora pudiera constituirse en objeto de este contrato.

El artículo 1.166, párrafo segundo del C.c. establece:

«Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor»

Este, desea el resultado atención médica correcta, es lo que ha querido en su vinculación jurídica con la gestora, pero si en las obligaciones de actividad el fin objetivo o resultado no forma parte de la obligación ¿Cómo se cumple? ¿Con la simple voluntad o intención de cumplir acompañada del despliegue de los medios necesarios al efecto?

Si se analiza el mencionado segundo párrafo del art. 1.166 cuando dice «... *un hecho por otro...*» aquí, en la gestión de servicios médicos, no se da por cierto lo hecho, pues en verdad es un hacer lo que toca a la gestora con su obligación de actividad, el hecho, atención médica correcta, queda por conseguir en el momento de contratar, luego ni tan siquiera es posible para aquella la sustitución que supondría algo sin hacer por algo hecho. Es decir, si no se hizo antes, ¿Cómo esperar que se haga después?

En definitiva, distinguir si se trata de una obligación de medios o de resultado requiere una reflexión profunda que va más allá de la mera simpatía hacia una u otra concepción. El análisis sereno y desapasionado es el único capaz de reconocer y aportar soluciones imparciales a esta problemática tan poco pacífica y debatida.

Las obligaciones contractuales regulan la voluntad de las partes que las asumen y su contenido no depende de lo que cada una en su interés pueda interpretar, su estudio objetivo, es sin lugar a dudas la clave necesaria para comprender el sitio en el que se ubican, solo así, podrán despejarse las incógnitas que aún se ciernen sobre la exactitud de esta clasificación de las obligaciones de HACER.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS: *"La interpretación de las condiciones generales de los contratos"*. La Ley, nº 14, Madrid, 1.987.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *"Derecho Civil I"*, Introducción y parte general, Volumen primero, Introducción y Derecho de la persona. Volumen segundo, La relación, las cosas y los hechos jurídicos. Editorial Bosch, Barcelona, 1.985.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *"Derecho Civil II"*. Derecho de obligaciones, Volumen primero, La obligación y el contrato en general. Volumen segundo, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, Editorial Bosch, Barcelona, 1.982 y 1.983.

ALLARA, MARIO: *"Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui"*. Rivista del Diritto Commerciale, Piccin Nuova Libreria, s.p.a., Padova, 1.929, I.

ALMEIDA COSTA, MARIO JULIO BRITO: *"Direito das obrigações"*. Editora Atlântida, Coimbra, 1.968.

ALONSO PÉREZ, MARIANO: *"El error sobre la causa"*, en Estudios Castán Tobeñas, Tomo III. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1.969.

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *"Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.983.

ANDRIOLI, VIRGILIO: *"Commentario al Codice de Procedura Civile"*, III, E. Jovene, Napoli, 1.957.

ARECHEDERRA ARANZADI, LUÍS IGNACIO: *"La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual"*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1.978.

ARREGUI GIL, JOSÉ: *"La costumbre contra la ley en Navarra"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 235, Madrid, 1.973.

AUGER DURÓ, SEBASTIÁN: *"Crisis funcional de los contratos"*. Revista Jurídica de Cataluña, Vol. 65, Nº 1, Barcelona, Enero - Marzo 1.966.

AVILÉS CABALLERO, JULIÁN: *"Asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social en casos de enfermedad mental de los beneficiarios"*. La Ley, Tomo 4, Madrid, 1.981.

BÄHR, OTTO: *"Die anerkennung als verpflichtungs grund"*, O. Bertram, Cassel, 1.855.

BARASSI, LUDOVICO: *"La teoria generale delle obliazioni, II"* (Le fonti). Giuffrè, Milán, 1.948.

BARCELLONA, PIETRO: *"Diritto privato e processo económico"*, Capítulo 7, Nápoles, 1.977.

BARCELLONA, PIETRO: *"Il diritto privato nella società moderna"* (selección de textos de Stefano Rodota sobre el contrato en general), Bolonia, 1.971.

- BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, JOSÉ:** *"El cumplimiento de las obligaciones"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.956.
- BETTI, EMILIO:** *"El contraer y las obligaciones de contraer en los juristas romanos"*, Bolonia, 1.912.
- BETTI, EMILIO:** *"Teoría general del negocio jurídico"*, Turín, 1.943, traducción y concordancias con el derecho español por A. Martínez Pérez. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.943.
- BETTI, EMILIO:** *"Teoría general de las obligaciones en Derecho civil"*, Giuffrè, Milano, 1.953-1.956.
- BLANQUER UBEROS, ROBERTO:** *"Nuevos esquemas contractuales (Una visión notarial)"*. Revista de Derecho Notarial nº 125-126. Madrid, 1.984.
- BO, GIORGIO:** *"Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria"*. Giuffrè, Milano, 1.934.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO:** *"La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.935.
- BORRÉ, GIUSEPPE.:** *"Essecuzione forzata degli oblighi di fare e di non fare"*. E. Jovene, Napoli, 1.966.
- BORRELL MACIÀ, ANTONI:** *"Arrendamiento de obras"*. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1.950.

BOSELLI, ALDO: "Alea", en el *"Novísimo Digesto italiano"*, Tomo 1. Utet, Torino, 1.957.

BOULANGER, JEAN: *"La promesse de portefort et les contrats pour autri"*. Dalloz, París, 1.933.

BRUERA, JOSÉ JUAN: *"El concepto filosófico jurídico de causalidad"*, en «Siglos Compilación», de Sebastián Soler. Editor Depalma, Buenos Aires, 1.944.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: *"Las obligaciones de actividad y de resultado"*. Editorial Bosch, Barcelona, 1.993.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *"Diritto e proceso nella teoria delle obbligazioni"*. Studi de Diritto Processuale Civile in Onore de Giuseppe Chiovenda, CEDAM, Padova, 1.927.

CASALS COLLDECARRERA, MIGUEL: *"Arrendamiento de servicios"*. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1.950.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *"Hacia un nuevo Derecho civil"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1.933.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *"Derecho Civil Español, Común y Foral"*, Tomo III, 12ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1.978.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *"Derecho Civil Español, Común y Foral"*, Tomo IV Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15ª edición revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Editorial Reus, Madrid, 1.993.

CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *"En torno a la formación del contrato"* (Comentarios a la obra de Alberto Ravazzoni: *La formazione del contratto: I - Le fasi del procedimento*, Giuffrè, Milán, 1.966). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1.973 (2).

CICALA, RAFFAELE: *"Concetto de divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione"*. Eugenio Jovene, Napoli, 1.953.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUÍS HUMBERTO: *"La predisposición del contenido contractual"*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.979.

COING, HELMUT: *"Fundamentos de Filosofía del Derecho"*, Walter de Gruyter, Berlin, 1.950

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, VV.AA.: *"Contratos de Gestión"*. Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo IX, Madrid, 1.995.

CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION, VV.AA.: *"Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidos en España"*. Madrid, 1.964.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, LUÍS JAVIER: *"Reflexiones sobre las fuentes del Derecho mercantil"*. *Revista de Derecho mercantil* 157-158, Madrid, 1.980.

COSTANZA, MARÍA: *"Il contratto atipico"*. Giuffrè Editore, Milán, 1.981.

COUMAROS, NICOLÁS: *"Le rôle de la volonté dans l'acte juridique. Tomo I: Etude critique de la conception clasique"*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1.931.

COUDERT, JEAN JOSEPH HENRI.: *"Recherches sur les stipulations et les promesses pour autri in Droit Romain"*. Société d'impressions typographiques, Nancy, 1.957.

CRISTOBAL-MONTES, ÁNGEL: *"Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.974.

CRISTOBAL-MONTES, ÁNGEL: *"La estructura y los sujetos de la obligación"*. Editorial Civitas, Madrid, 1.990.

DABIN, JEAN: *"Teoría de la causa"*. Librería General de Victoriano Pelsumacker, Madrid, 1.929.

DAHM, GEORG: *"Deutsches Recht"*., W. Kohlhammer, Stuttgart, 1.951.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO Y ZORRILLA RUÍZ, MANUEL MARÍA: *"La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.985.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: *"¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?"*. Artículo incluido en el libro coordinado por Juan Antonio Moreno Martínez, "La responsabilidad civil y su problemática actual". Dykinson, Madrid, 2007.

DE BUEN, DEMOFILO: *"La teoría de la relación jurídica en el Derecho español"*. Publicada en el volumen colectivo Libro Homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1.942.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *"Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.961.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *"El negocio jurídico"*, 1.967. (Reimpresión), Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.991.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *"El término Derecho común en el Código de comercio"*. Anuario de Derecho civil, Madrid, 1.969.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *"Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.982.

DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *"Instituciones de Derecho Civil"*, Tomo I, Parte General - Obligaciones y Contratos. (1ª edición 1.976) Editorial Civitas, Madrid, 1.991.

DEL MOLINO Y NÚÑEZ, MARÍA DEL CARMEN: *"La responsabilidad civil del empresario por el hecho de otro: En la vía civil y penal. Consideración especial del titular o director de un taller de reparaciones de automóvil y del de un garaje"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.991 (2).

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUÍS: *"El objeto del negocio jurídico"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.960.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUÍS: *"La forma del negocio jurídico"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.968 (2).

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUÍS: *"Teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia"*. Anuario del Derecho Civil, Madrid, 1.986.

DEMOGUE, RENÉ: *"Traité des obligations en général"*, Volumen I, Sources des obligations. Arthur Rousseau, París, 1.925.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia, vigésima segunda edición.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS: *"El concepto de causa en el negocio jurídico"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS: *"Fundamentos de Derecho civil patrimonial"*. Editorial Tecnos, Madrid, 1.972.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS: *"Los efectos jurídicos de la gestión representativa"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.978 (2).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *"Sistema de Derecho Civil"*, Volumen II. Editorial Tecnos, Madrid, 1.990.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS: *"Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)"*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2.007.

DUALDE GÓMEZ, JOAQUÍN: *"Todavía sobre el concepto de tercero"*. Revista de Derecho Privado, nº 362, Madrid, 1.947.

DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO: *"La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios"*. Comentarios a la Ley, Estudios sobre consumo, n° 3, Madrid, 1.984.

DURRY, GEORGES: *"Quelques exemples d'application de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat"*. Revue Trimestrelle Droit Civile, Dalloz, Paris, 1.974.

DUSI, BARTOLOMEO: *"Diritti soggettivi e facoltà giuridiche"* (XIX). Studi senesi, 1.902.

EICHLER, HERMANN: *"Die Rechtslehre vom vertrauen (Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens)"*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1.950.

ENNECERUS, LUDWIG Y LEHMANN, HEINRICH: *"Derecho de obligaciones"*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1.933.

ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *"Tratado de Derecho Civil"*, Tomo II, Derecho de Obligaciones II, 1ª parte (Enneccerus-Lehmann), Volumen 2º Doctrina especial, 1ª parte, traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer y Micó con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por José Ferrandis Vilella. Editorial Bosch, Barcelona, 1.966.

ENRIETTI, ENRICO: *"El contratto per persona da hominare"*. G. Giappichelli, Turín, 1.950.

ESMEIN, PAUL: *"Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la délictuelle"*. Revue Trimestrelle Droit Civile, Dalloz, Paris, 1.933.

ESMEIN, PAUL: *"L'obligation et la responsabilité contractuelle"*. Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, Tomo II, París, 1.950.

ESMEIN, PAUL: *"Obligations"*, Tomo VI, 1ª parte. Traité pratique de droit civil français de PLANIOL Y RIPERT, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1.952.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *"Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado"*. Volumen XIII, nº 1 (curso 1.954 - 1.955 Discurso de apertura del año académico). Anales de la Universidad de Murcia, 1.954.

FARALLI, CARLA: *"La filosofía del Derecho contemporáneo. Temas y desafíos"* Libri del tempo Laterza, Roma, 2.005.

FARJAT, GÉRARD: *"Droit privé de l'économie"*. Théorie des obligations. Presses universitaires de France, 19, París, 1.975.

FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER *"La responsabilidad civil médica"*. Tomo 1.986-3, La Ley, Madrid, 1.986.

FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER: *"El contrato de servicios médicos"*. Editorial Civitas, Madrid, 1.988.

FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL: *"Responsabilidad civil médico-sanitaria"*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.984.

FERRI, LUIGI: *"La autonomía privada"*, traducción española de Sancho Mendizábal. Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1.968.

FRAY TOMAS DE MERCADO: *"Suma de tratos y contratos"*. 1.569, Editora Nacional, Madrid, 1.975.

FROSSARD, JOSHEP: *"La distinction des obligations de moyens et obligations de resultat"*. R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1.965.

FUENTESECA, PABLO: *"Derecho Privado Romano"*. E. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1.978.

GARCÍA AMIGO, MANUEL: *"Condiciones generales de los contratos"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.969.

GARCÍA-GOYENA Y OROBIA, FLORENCIO: *"Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español"*. Imprenta de la Sociedad tipográfico editorial, a cargo de F. ABIENZO, Madrid, 1.852.

GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *"La esencia del mandato"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.944.

GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *"La gestión de negocios ajenos (aportación a una teoría general)"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.957.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN: *"Curso de Derecho Mercantil"*, Tomo II, 7ª edición. Revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1.980.

GELLA, AGUSTÍN VICENTE: *"Contratación mercantil y buena fe"*. Anuario De Derecho Civil, Madrid, 1.962.

GHESTIN, JACQUES, voz *"contrat"* en el volumen *"Dictionnaire de la culture juridique"*, dirigido por Denis Alland y Stéphane

Rials, Quadrige/Lamy-Presses Universitaires de France, París, Octubre 2005.

GIMENO, JUAN ANTONIO, REPULLO, JOSÉ RAMÓN Y RUBIO, SANTIAGO:
"Sistemas y servicios sanitarios. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica", Díaz de Santos S. A., Ediciones, Madrid, 2.006.

GIMENO, JUAN ANTONIO, REPULLO, JOSÉ RAMÓN Y RUBIO, SANTIAGO:
"Derecho sanitario y sociedad", Díaz de Santos S. A., Ediciones, Madrid, 2.006.

GIORGIANNI, MICHELE: "Obligazione (Teoría generale)", Novissimo Digesto italiano, XI, Torino, 1.965.

GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: "En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho". Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.977 (1).

GLUCK, FEDERICO: "Commentario alle Pandette", Libro XIX. Leonardo Vallardi, Milán, 1.891.

GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER: "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1.998.

GOUNET, THOMAS: "Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique", Capítulo I. París, 1.912.

GROCIO, HUGO: "De iure be lli ac pacis. Libri tres, in quibus ius naturae et gentium item ius publici praecipua explicantur", capítulo XI, París, 1.625.

GROSS, BERNARD: *"La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats"*. Bibliotheque droit privé, París, 1.964.

GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ: *"Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios"*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *"La promesa de hecho ajeno"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.964.

HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: *"Die Flucht in die Generalklauseln (Eine Gefahr für Recht und Staat)"*. J.C.B. Mohr, 1.933.

HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: *"Tratado de Derecho Civil"*, Volumen III, Derecho de obligaciones, Traducción con notas de Derecho español por Jaime Santos Briz. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.958.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, ANTONIO: *"Derecho de Obligaciones I"*. Maribel, (Artes Gráficas), D.L., Madrid, 1.960.

HUECK, ALFRED VON y NIPPERDEY, HANS CARL: *"Compendio de Derecho del trabajo"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.963.

IGLESIAS SANTOS, JUAN: *"Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado"*. Editorial Ariel, Barcelona, 1.984.

IHERING, RUDOLF VON: *"La culpa in contrahendo o indemnización por daños en los contratos nulos o que no se han perfeccionado"*, «Anuario para el estudio dogmático del Derecho Romano actual y del Derecho privado alemán», 1.860, traducción del alemán al italiano y nota de lectura de Federico Procchi, Jovene,

Nápoles, 2005. La obra ha aparecido como volumen 90 de la colección *Antiqua*, dirigida por Luigi Cabruna.

IRTI, NATALINO: "*Oggetto del negozio giuridico*" en *Novissimo Digesto italiano*, IX, 1.965.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO: "*La responsabilidad contractual*". Editorial Civitas, Madrid, 1.987.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO: "*Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*". *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Madrid, 1.991 (1).

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS: "*Lecciones de derecho inmobiliario registral*". 2ª edición, La Editorial, Zaragoza, 1957.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, LUNA SERRANO, AGUSTÍN, DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: "*Elementos de Derecho Civil*". Derecho de obligaciones, volumen segundo, Teoría general del contrato. Editorial Bosch, Barcelona, 1.987.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "*La libertad contractual*". *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.972.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "*Valor del Código civil como derecho común después de la reforma del título preliminar*". *Documentación Jurídica* 4, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1.974.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "*Sobre la causa en los contratos*". *La Ley*, nº 2.133, Madrid, 1.988.

LARENZ, KARL: *"Base del negocio y cumplimiento del contrato"*. Traducción española de Carlos Fernández Rodríguez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.956.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *"Principios de Derecho Civil"*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Editorial Trivium, Madrid, 1.995.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *"Principios de Derecho Civil"*, Tomo III, Contratos, Editorial Trivium, Madrid, 1.995.

LECOMPTE, HENRI: *"Essai sur la notion de faculté en Droit Civi"*, Recueil Sirey, París, 1.930.

LEGA, CARLO: *"Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza"*. Giuffrè, Milano, 1.974.

LENEL, OTTO: *"El mandato retribuido"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.928.

LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *"Derecho de obligaciones"*, volumen III, Contratos en particular. Editorial Tecnos, Madrid, 1.995.

LE TOURNEAU, PHILIPPE: *"La responsabilité civile"*. Dalloz, París 1.982 (3ª ed.).

LIPARI, NICOLÒ.: *"Diritto privato. Una ricerca per l'insecuramento"*. Laterza, Roma-Bari, 1.976.

LLAMAS POMBO, EUGENIO: *"La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos"*. Editorial Trivium, Madrid, 1.988.

LLAMAS POMBO, EUGENIO: *" Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba"*. Artículo incluido en el libro Homenaje al profesor

Bernardo Moreno Quesada, coordinado por Ramón Herrera Campos, Vol. 2, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2.000.

LOBATO GOMEZ, J. MIGUEL: *"Contribución al estado de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado"*. Anuario de Derecho Civil (1), Madrid, 1.992.

LÓPEZ RODÓ, LAUREANO: *"Problemas y perspectivas de la protección social en material de sanidad"*, Comunicación discutida en sesión del Pleno de Académicos de Número del día 22 de junio de 1.998, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 28, Madrid, 1.998.

LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"* dirigido por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, Tomo XX, Volumen 1, EDERSA, S.L., Madrid, 1.992.

MALAURIE, PHILIPPE Y AYNES, LAURENT: *"Droit civil. Obligations"*. Cujás, París, 1.986.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *"La crisis del contrato"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Mayo, 1.964.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *"Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales"*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XV, Volumen I, art. 1.088 a 1.121, EDERSA, S.L., Madrid, 1.989.

MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *"La estipulación a favor de tercero"*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1.985.

MARTÍN SERRANO, ANTONIO Y COLMENAR LUÍS, JESÚS: *"Las Mutuas Patronales. La gestión privada de la Seguridad Social"*. Editorial Trivium, Madrid, 1.989.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, LUÍS: *"Derecho médico"*. Volumen I, Derecho médico general y especial, Volumen II, Legislación médica y Volumen III, Jurisprudencia médica. Editorial Tecnos, Madrid, 1.986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, LUÍS: *"La responsabilidad civil médico-sanitaria" (Especial juego de la lex artis ad hoc)*. Colección jurisprudencia práctica, nº 35, Editorial Tecnos, Madrid, 1.992.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, LUÍS: *"Derecho médico: Tratado de derecho sanitario"*. Obra colectiva dirigida por Luís Martínez-Calcerrada, Colaborador José María Álvarez-Cienfuegos Suárez. VV.AA. Staff, Ricardo de Lorenzo y Montero, José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, Tres volúmenes, Colex, Madrid, 2.001.

MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, CIRILO: *"Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.953.

MARTON, GEZA: *"Obligation de résultat et obligation de moyens"*. Revue trimestrielle de Droit civil, Dalloz, París, 1.935.

MARTY, GABRIEL Y RAYNAUD, PIERRE: *"Droit civil" II-1º, Les obligations*. Sirey, París, 1.962.

MASNATTA, HÉCTOR: *"El contrato necesario"*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.964.

MASSA, ERNESTO: *"Il contratti in favore oa carico dei terzi secondo il diritto romano"*. Archivio giuridico, 1.893.

MAZEAUD, HENRI Y TUNC, ANDRÉ: *"Traité theorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle"*. Número 103-8 del Tomo I, 5ª edición. Traducción de Luís Alcalá Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.963.

MENGONI, LUIGI: *"Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi"*. Rivista del Diritto Commerciale, Piccin Novua Libreria, s.p.a., Padova, 1.954.

MERLICH ORSINI, JOSÉ: *"La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.984.

MESSINEO, FRANCESCO: *"Il contratto in genere"*. Reimpresión corregida, dos volúmenes, última edición, Giuffrè, Milán 1.972 y 1.973.

MINTZBERG, HENRY: *"La estructura de las organizaciones, una síntesis de la investigación"*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.. 1.979.

MOLITOR, ERICH y HANS SCHLOSSER: *"Perfiles de la nueva Historia del Derecho Privado"*. Traducción castellana de Ángel Martínez Carrión, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1.979.

MONTESANO, LUIGI: *"Aspetti funzionali dell'esecuzione specifica"*. Revista Trimestrale Diritto a Procedura Civile, XVIII, Giuffrè, Milán, 1.964.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO Y CÁMARA BOTIA, ALBERTO: *"Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas"*. Colección jurisprudencia práctica, n° 26, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991.

MORENO QUESADA, BERNARDO: *"Problemática de las obligaciones de hacer"*. Revista de Derecho Privado, Tomo LX, Madrid, 1.976.

NUÑEZ LAGOS, RICARDO: *"Mandatario sin poder"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.946.

NUÑEZ LAGOS, RICARDO: *"Hechos y Derechos en el Documento Público"*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.950.

NUÑEZ LAGOS, RICARDO: *"Fe pública especial"*. Revista de Derecho Notarial n° XX, Madrid, Abril-Junio 1.958.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *"Compendio de Derecho Civil"*. Tomo II, Volumen 1°. EDERSA, S.L., Madrid, 1.987.

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL: *"La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación"*. Revista de Jurisprudencia de Cataluña, 4, Barcelona, 1.977.

PACCHIONI, GIOVANNI: *"La promessa del fatto di un terzo"*. Rivista del Diritto Commerciale II, Piccin Novua Libreria, s.p.a., Padova, 1.911.

PAGADOR LÓPEZ, JAVIER: *"La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación"*, Derecho de los Negocios, Madrid, 1.988.

PANZA, GIUSEPPE.: Contribución en el volumen colectivo de Nicolo

Lipari: *"Diritto privato. Una ricerca per l'inseguimento"*, Roma-Bari, 1.976.

PARADISI, BRUNO: Voz Locazione, n° 239, en *"Il Digesto Italiano"*.

PASCUAL ESTEVILL, LUÍS: *"La responsabilidad profesional"*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1.991 (1).

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO: *"Representación, poder y mandato"*. Prestación de servicios profesionales y su ética. Editorial Porrúa, México, D.F., 1.989.

PERRIN, JEAN FRANÇOIS: *"La pratique juridique des notions métaphysiques"*, en el Tomo XVII, « *Droit et Religion* » de los «Archives de philosophie du Droit», Editions Sirey, Paris, 1.993.

PIRAINO LETO, ANGELO: *"Contratti atipici e innominati"*. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1.974.

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES: *"Tratado práctico del Derecho civil francés"*. Cultura, S.A. La Habana, 1.940.

PLANCQUEEL, ANDRÉ: *"Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelle en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)"*. Revue trimestrielle de Droit civil, Dalloz, París, 1.972.

POLO SÁNCHEZ, EDUARDO: *"La protección del consumidor en el Derecho Privado"*. Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

PRINCIGALLI, ANNAMARIA: *"La responsabilità del medico"*. Jovene, Napoli, 1.983.

PUIG BRUTAU, JOSÉ: *"Fundamentos de Derecho Civil"*, Tomo II, Volumen I y II. Editorial Bosch, Barcelona, 1.988.

PUIG PEÑA, FEDERICO: *"Tratado de Derecho civil español"*, Tomo IV, volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.973.

REMY, PHILIPPE: *"Nota a l'arrêt de 22 jun 1.983"*. 1^a Revue Trimestrel Droit Civile, Dalloz, París, 1.984.

RESCIGNO, PIETRO: *"Manuale di diritto privato italiano"*. Jovene, Napoli, 1.988.

RIEG, ALFRED : *"Le rôle de la volonté dans l' acte juridique en droit civil française et allemand"*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1.961.

RISOLA, MARCO AURELIO: *"Soberanía y crisis del contrato"*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.958.

RIPERT, GEORGES: *"La règle morale dans les obligations civiles"*. Editorial L.G.D.J., París, 1.927.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *"Elementos de Derecho Civil II"*, Derecho de Obligaciones, Volumen III, Contratos y cuasicontratos, dirigidos por José Luís Lacruz Berdejo. Editorial Bosch, Barcelona, 1.986.

ROCAMORA GARCÍA-VALLS, PEDRO: *"La crisis del contrato"*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1.942.

ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL: *"La transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno (La nueva concepción de la*

revisibilidad del contrato)". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Febrero, 1.945.

ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL: *"Contratos de adhesión"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1.949.

SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN ANTONIO: *"Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra"*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ ANDRÉS, ANÍBAL: *"El control de las condiciones generales en el Derecho comparado"*. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1.980.

SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ BLANCO, JAIME: *"Onerosidad, gratuidad y causa"*. Revista de Derecho Privado nº 423, Madrid, 1.952.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *"Instituciones de Derecho Mercantil"*. Editorial Revista de Derecho Privado, D.L. Madrid, 1.992.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *"Estudios de Derecho Civil"*. Tomo IV. Impresión de Paulino Ventura Sabatel, Madrid, 1.884.

SANTOS BRIZ, JAIME: *"La contratación privada"*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1.966.

SANTOS BRIZ, JAIME: *"El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.972.

SANTOS BRIZ, JAIME: *"La responsabilidad civil en el Derecho español"*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.984.

SANTOS BRIZ, JAIME: *"Los contratos civiles, nuevas perspectivas"*. Editorial Comares, Granada, 1.992.

SAVATIER, RENÉ: *"Les metamorphoses economiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui"*. Librairie Dalloz, París, 1.952.

SAVATIER, RENÉ, SAVATIER, JEAN y LELOUP, JEAN-MARIE: *"Droit des affaires"*. 3ª edición, Sirey, París, 1.970, nº 69.

SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON: *"Sistema de Derecho Romano actual"*, Tomo III, Veit und comp., Berlin, 1.840-1.849.

SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON: *"El derecho de obligaciones como parte del Derecho Romano actual"*, dos volúmenes, Veit und comp., Berlin, 1.851-1.853.

SCALFI, GIANGUIDO: *"La promessa del fatto altrui"*. Editorial Cisalpino, Milano - Varese, 1.965.

SCHUPFER, FRANCESCO: *"Il Diritto delle obbligazioni in Italia, nell'età del Risorgimento"*, Vol. I. Fratelli Bocca, Turín, 1.921.

SCOGNAMIGLIO, RENATO: *"Dei contratti in generale"*. Comentario de SCIALOJA-BRANCA, Soc. editrice del Foro Italiano, Bologna, 1.970.

SMEND, RUDOLF: *"Constitución y Derecho constitucional"* (1.928). Traducción española de José María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.985.

SOLÍS VILLA, IGNACIO y RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: Ponencia sobre *"Necesidad social de la imparcialidad del redactor del*

contrato". Revista de Derecho Notarial, nº 116, Madrid, (Abril-Junio 1.982).

STARCK, BORIS: *"Droit civil. Obligations"*. (2ª edic. revisada por Henri Roland y Laurent Boyer). Librairies Techniques, París, 1.986.

STOLFI, GIUSEPPE: *"La promessa del fatto di un terzo"*. Rivista del Diritto commerciale, Piccin Novua Libreria, s.p.a., Padova, 1.927, I.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, JOSÉ GABRIEL: *"Acerca de la "causa impulsiva" en la formación y cumplimiento de los contratos"*. Tomo 1.986-1. La Ley, Madrid, 1.986.

TAMAMES, RAMÓN: *"Diccionario de economía"*, Alianza Editorial, Madrid, 1.988, p. 137.

TERRÉ, FRANÇOIS: *"Recensión a la obra de ALFRED RIEG"*. Publicada en el volumen VII de la Revista «Archives du Philosophie du droit», Sirey, París, 1.962.

THELOHAN, JACQUES: *"De la stipulatio operarum"*. Etude d'histoire juridique offerts a Girard, vol. I., Geuthner, Paris, 1.912.

TRAVIESAS, MANUEL MIGUEL: *"El mandato retribuido y el arrendamientos de servicios y de obra"*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 132, Madrid, 1.918.

TRAVIESAS, MANUEL MIGUEL: *"Contrato de arrendamiento"*. Revista de Derecho Privado, Tomo VI, Madrid, 1.919.

URIA MERUÉNDANO, RODRIGO: *"Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie"*. Revista de Derecho mercantil, Madrid, 1.956, II.

VALSECCHI, EMILIO: *"Giucoco e scommessa transazione"*, Vol. XXXVII, T.2 del Trattato di Diritto civile e commerciale, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, Antonino Giuffrè, Milán, 1.954.

VAZ SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA: *"Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro"*. Boletín do Ministerio da Justiça, nº 51. Lisboa, 1.955.

VIGNY, PIERRE: *"Responsabilité contractuelle et force majeure"*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Dalloz, Paris, 1.935.

VILLEY, MICHEL: *"Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho."* Traducción castellana de Evaristo Palomar Maldonado, Editorial Scire Universitarium, Barcelona, 2.003.

VINEY, GENEVIÈVE: *"Les obligations. La responsabilité: conditions"*. Traité de Droit civil dirigido por Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.982.

WEIL, ALEX Y TERRÉ, FRANÇOIS: *"Droit civil. Les obligations"*. Précis Dalloz, París, 1.980.

WERRO, FRANÇOIS: *"La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle"*. Revue de Droit Suisse, 1.989.

WINDSCHEID, BERNHARD: *"Tratado de Pandectas"*, A.M., Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt, 1.900.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: *"La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general"*. Editorial Reus, Madrid, 1.989.

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL: *"Contratos civiles"*. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1.985.

ZARRELLI, ANTONIO: *"Fungibilità ed infungibilità nell' obbligazione"*. Eugenio Jovene, Napoli, 1.969.

ZATTI, PAOLO: *"Diritto civile"*, CEDAM, Padova, 1.988 (3ª ed.).