LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional

ANTONIO GULLON
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado del Tribunal Supremo

SISTEMA
DE
DERECHO CIVIL

VOLUMEN II

EL CONTRATO EN GENERAL
LA RELACION OBLIGATORIA
CONTRATOS EN ESPECIAL
CUASI CONTRATOS. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

SEXTA EDICION

UNIVERSITAT POMPEU FABRA
BIBLIOTECA
1000480322

tecnos

KKT
500
.D54
1992

Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Impresión de cubierta:
Gráficas Molina

1.ª edición, 1976
1.ª reimpresión, 1977
2.ª reimpresión, 1978
2.ª edición, 1979
Reimpresión, 1980
3.ª edición, 1982
4.ª edición, 1983
1.ª reimpresión, 1984
2.ª reimpresión, 1985
3.ª reimpresión, 1986
5.ª edición, 1988
6.ª edición, 1989
1.ª reimpresión, 1990
2.ª reimpresión, 1992

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 534 bis a) y siguientes del Código Penal vigente, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes sin la preceptiva autorización reprodujeren o plagiaren, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica fijada en cualquier tipo de soporte.

© Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, 1976
© EDITORIAL TECNOS, S.A., 1992
Telémaco, 43 - 28027 Madrid
ISBN: 84-309-0813-7 (obra completa)
ISBN: 84-309-1424-2 (tomo II)
Depósito legal: M. 24789-1992

Printed in Spain. Impreso en España por EGRAF, S. A.
Polígono Industrial de Vallecas. C/ Luis I, 5. 28031 Madrid

INDICE SISTEMATICO

Abreviaturas ..... *Pág.* 25

I

EL CONTRATO EN GENERAL

1. EL CONTRATO 29
   - I. El concepto de contrato y su evolución histórica 29
   - II. Apogeo y decadencia de la noción clásica de contrato 31
   - III. Las nuevas modalidades contractuales 32
   - IV. Clasificación de los contratos 34
     - A) Contratos consensuales, reales y formales 34
     - B) Contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales 35
     - C) Contratos onerosos y lucrativos 35
     - D) Contratos conmutativos y aleatorios 36
     - E) Contratos típicos y atípicos 37

   Bibliografía sumaria 39

2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO 40
   - I. El artículo 1.261 del Código civil 40
   - II. El consentimiento de las partes 40
     - A) Capacidad para contratar y prohibiciones de contratar 40
     - B) El autocontrato 41
   - III. El objeto: sus requisitos 43
     - A) Posibilidad. Las cosas futuras 43
     - B) Licitud 44
     - C) Determinación. El objeto determinable 45
   - IV. La causa 46
   - V. La forma del contrato y sus clases 48
     - A) Los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil 49
     - B) La obligación de documentar el contrato 52
     - C) Pactos sobre la forma 53
     - D) Relación entre el contrato anterior y el posterior documentado 53

   Bibliografía sumaria 54

3. VICIOS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO 55
   - I. Vicios del consentimiento 55

II. El error
A) Presupuestos para su relevancia 55
B) Errores invalidantes y no invalidantes 56
C) Error obstativo 58
D) Error de hecho y error de derecho 59
III. La violencia y la intimidación 59
IV. El dolo: requisitos y clases 61
V. La reserva mental y la declaración de voluntad sin seriedad como vicios de la declaración 62
VI. Los vicios de la causa 63
VII. La abstracción de la causa 65
Bibliografía sumaria 66

4. LA FORMACION DEL CONTRATO 68
I. La formación del contrato. Los tratos preliminares 68
II. La oferta y su aceptación 69
A) La oferta 69
B) La aceptación 71
III. El momento y lugar de la perfección del contrato 72
IV. El precontrato 73
A) Naturaleza jurídica 73
B) Requisitos de capacidad, objeto y forma 74
C) Efectos: la sustitución judicial de la voluntad rebelde al cumplimiento 75
D) Promesas de compra y venta 75
V. El contrato de opción 76
VI. La formación del contrato por adhesión 77
VII. Las condiciones generales del contrato. Su control en las leyes 78
VIII. Responsabilidad precontractual: consecuencias 80
Bibliografía sumaria 82

5. LA INTERPRETACION DEL CONTRATO 83
I. Concepto, tipos y alcance de la interpretación contractual .. 83
II. Interpretación subjetiva: el principio de la búsqueda de la voluntad real 84
A) Medios hermenéuticos 84
B) Reglas complementarias 85
III. Relevancia de los usos en la interpretación del contrato 86
IV. El principio de la buena fe 86
V. Las reglas del artículo 1.289 87
VI. Carácter de las normas sobre interpretación. Sus consecuencias 88
VII. Interpretación auténtica del contrato 88
Bibliografía sumaria 89

6. EFECTOS DEL CONTRATO 90
I. La reglamentación contractual y sus fuentes: integración del contrato 90
II. El principio de relatividad del contrato 91
III. El contrato en favor de tercero 92

A) Los sujetos y su capacidad. Determinación del tercero . 93
B) La adquisición del tercero y su aceptación 93
C) La revocación de la estipulación 94
D) Los efectos del contrato en favor de tercero 95
IV. Los contratos en daño de tercero 96
V. El contrato a cargo de tercero 97
VI. El contrato por persona a designar 98
Bibliografía sumaria 99

7. LA CONDICION, TERMINO Y MODO EN RELACION CON LOS EFECTOS DEL CONTRATO 100
I. La condición: concepto y naturaleza 100
A) Clases 100
B) La situación jurídica del contrato condicional 102
C) La duración máxima de la fase de pendencia de la condición 103
D) El cumplimiento de la condición: la retroactividad 104
E) El llamado cumplimiento ficticio de la condición 105
F) La *conditio iuris* 106
II. El término 106
A) Clases 106
B) La situación del negocio jurídico durante la pendencia del término 106
III. El modo 107
Bibliografía sumaria 108

8. INEFICACIA DEL CONTRATO 109
I. La ineficacia en sentido general y sus diversas categorías ... 109
II. La nulidad absoluta del contrato. 110
A) Aplicación subsidiaria de las reglas del cobro de lo indebido a la regulación de la nulidad 114
B) Excepción de nulidad 114
C) La conversión del contrato nulo 115
D) La nulidad parcial y la sustitución de cláusulas nulas .. 115
III. La anulabilidad del contrato. 116
A) La excepción de anulabilidad 118
B) La confirmación del contrato anulable 119
IV. La rescisión del contrato 119
V. Ineficacia contractual y acción de daños y perjuicios 123
Bibliografía sumaria 123

II

LA RELACION OBLIGATORIA

9. LA RELACION OBLIGATORIA 127
I. El concepto jurídico de obligación 127

II. Deuda y responsabilidad 128
A) Deuda sin responsabilidad: las obligaciones naturales .. 128
B) Responsabilidad sin deuda 129
C) Deuda con responsabilidad limitada 129
III. La patrimonialidad como elemento de la obligación 130
IV. Las fuentes de las obligaciones 130
V. La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. La promesa pública de recompensa 132
Bibliografía sumaria 134

10. LOS SUJETOS DE LA RELACION OBLIGATORIA 136
I. Las partes de la relación obligatoria 136
II. La pluralidad de personas en la relación obligatoria: solidaridad, mancomunidad y parciariedad 136
III. Las reglas de la no presunción de solidaridad y de la presunción de fragmentación de la obligatoriedad 137
IV. Principios básicos de las obligaciones solidarias 138
A) Los créditos solidarios 138
B) Las deudas solidarias 139
V. Las obligaciones parciarias 141
VI. Las obligaciones mancomunadas 141
A) Mancomunidad activa 141
B) Mancomunidad pasiva 142
Bibliografía sumaria 143

11. EL OBJETO DE LA RELACION OBLIGATORIA 144
I. La prestación debida 144
II. Las obligaciones de dar 144
III. Las obligaciones de hacer y de no hacer. Obligaciones de medios y de resultados 145
IV. Las obligaciones pecuniarias 146
A) Las deudas de dinero: clases y características 148
B) La devaluación de la moneda y el principio de nominalismo 148
C) Medidas correctoras del nominalismo. Las cláusulas de estabilización 149
D) El pago de las deudas de dinero 150
E) Las obligaciones en moneda extranjera 152
V. La obligación de intereses 153
VI. Las obligaciones genéricas 156
A) La concentración o especificación 156
B) Obligaciones del género limitado 157
VII. Las obligaciones alternativas 157
A) La elección 158
B) La imposibilidad sobrevenida en la obligación alternativa 159
VIII. Las obligaciones con facultad alternativa 159
IX. Obligaciones divisibles e indivisibles 160
X. La pluralidad de prestaciones 161
A) Las obligaciones objetivamente colectivas 161
B) Las prestaciones fraccionadas y periódicas 162
XI. Las «obligaciones recíprocas» en el Código civil 162

A) La excepción de incumplimiento contractual 163
B) La excepción de cumplimiento defectuoso 164
C) Efectos de las excepciones de incumplimiento y cumplimiento defectuoso 165
Bibliografía sumaria 165

12. LAS CIRCUNSTANCIAS Y GARANTIAS DE LA RELACION OBLIGATORIA 166
I. El tiempo en la relación obligatoria 166
A) El tiempo en el cumplimiento de la obligación 166
B) El término esencial 168
II. El lugar de la obligación 169
III. La relación obligatoria condicional 170
A) Bajo condición suspensiva 170
B) Bajo condición resolutoria 171
IV. Las garantías de la obligación: clases y caracteres 172
V. Cláusula penal: carácter, funciones y efectos 172
VI. Las arras: clases y efectos 174
VII. El derecho de retención 175
Bibliografía sumaria 176

13. LA DINAMICA DE LA OBLIGACION. EL CUMPLIMIENTO 178
I. El pago o cumplimiento 178
II. Los sujetos del pago 178
III. El pago por tercero 181
IV. Personas que pueden recibir el pago 182
A) El pago al acreedor aparente 182
B) El pago hecho a un tercero 183
V. Los requisitos objetivos del pago: la identidad de la prestación 184
VI. Prueba de pago: el recibo. Los gastos del pago 184
VII. La imputación del pago 185
Bibliografía sumaria 187

14. LOS SUBROGADOS DEL CUMPLIMIENTO 188
I. Introducción 188
II. La facultad del deudor de liberarse de la obligación: ofrecimiento de pago y consignación 188
III. La compensación como medio de extinción de las obligaciones: su fundamento 191
A) La compensación legal: presupuestos y efectos 192
B) La compensación voluntaria y la compensación judicial 195
C) La compensación en las obligaciones solidarias 195
IV. La dación en pago 196
V. La cesión de bienes a los acreedores 198
VI. La condonación 200
Bibliografía sumaria 202

15. LESION DEL DERECHO DE CREDITO 203
I. Lesión del crédito e incumplimiento de la obligación 203
II. La mora del deudor 204
III. El incumplimiento definitivo de las obligaciones 208
A) Imposibilidad sobrevenida 208
B) El retraso y la imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio 210
C) La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir 211
IV. La ejecución defectuosa de la prestación 212
Bibliografía sumaria 213

16. IMPUTABILIDAD DE LA LESION Y RESPONSABILIDAD 214
I. La imputabilidad de la lesión del derecho de crédito y el problema de la responsabilidad 214
II. La responsabilidad del deudor 214
A) La culpa y el dolo. Pruebas 215
B) La exoneración del deudor: caso fortuito y fuerza mayor 217
C) La responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares 218
D) Convenios modificativos de la responsabilidad 219
III. La imputabilidad del incumplimiento al acreedor. La *mora credendi* 221
IV. La responsabilidad de los terceros en la lesión del derecho de crédito 222
Bibliografía sumaria 223

17. LA DEFENSA DEL DERECHO DE CREDITO 224
I. Los medios de tutela y protección del crédito 224
II. La acción de cumplimiento de la obligación 225
A) Ejecución forzosa en forma específica 225
B) Cumplimiento por equivalente 226
III. El resarcimiento de daños y perjuicios 227
IV. La acción subrogatoria 230
V. La acción pauliana 232
Bibliografía sumaria 238

18. LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES 239
I. El principio de la igualdad de condición de todos los acreedores 239
II. El beneficio de quita y espera 239
A) Presupuestos y procedimiento para obtenerlo 239
B) El convenio: efectos e impugnación 240
III. El concurso de acreedores 241
A) Naturaleza y presupuestos: concursos voluntarios y necesarios 241
B) Efectos de la declaración judicial de concurso 242
C) Terminación. Convenios 243
IV. Los créditos privilegiados 244
A) Privilegios especiales mobiliarios 246
B) Privilegios especiales inmobiliarios 248

C) Privilegios generales 250
D) La colisión entre privilegios 252
Bibliografía sumaria 253

19. LA MODIFICACION Y EXTINCION DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS 254
I. Las modificaciones de la relación obligatoria 254
II. La novación en el Código civil 254
A) Novación modificativa y novación extintiva. El *animus novandi* y el artículo 1.204 254
B) Efectos de la novación extintiva 256
III. El cambio de acreedor y sus formas 257
A) Cesión de créditos 257
B) La subrogación en el crédito 261
IV. La modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor 262
A) La asunción de deuda 263
B) La expromisión 264
C) La delegación 264
V. La cesión del contrato 265
VI. La novación y las obligaciones solidarias 266
VII. La extinción de la relación obligatoria y sus causas 268
A) Mutuo disenso 268
B) La decisión unilateral 269
C) La resolución 269
VIII. La confusión de derechos 275
Bibliografía sumaria 276

III

CONTRATOS EN ESPECIAL

20. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA 279
I. Concepto y caracteres del contrato de compraventa 279
II. La capacidad para celebrar el contrato de compraventa. Prohibiciones 280
III. El objeto 283
IV. La transmisión de la propiedad en la compraventa 284
A) La venta de cosa ajena 285
B) El pacto de reserva de dominio 286
V. El precio 287
VI. Las arras 288
VII. Efectos de la compraventa 289
A) Entrega de la cosa 289
B) La obligación de entrega de relación con la cabida en la compraventa de inmuebles 293
C) El pago del precio 295
D) La distribución de los gastos 297
Bibliografía sumaria 297

21. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA *(Continuación)* 298
I. El saneamiento 298
A) La evicción 298
B) Evicción de cargas 301
C) Saneamiento por vicios ocultos 306
D) El saneamiento por vicios ocultos en la venta de animales 309
II. Las garantías del vendedor 310
A) La resolución por peligro de pérdida de la cosa y del precio 310
B) El pacto *lex commisoria* o condición resolutoria expresa en la venta de inmuebles 310
C) La resolución de la venta de bienes muebles 312
D) El privilegio del vendedor de cosa mueble 313
III. La venta del mismo objeto por su dueño a diferentes compradores 313
IV. Los riesgos en la compraventa civil: el artículo 1.452 314
Bibliografía sumaria 319

22. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA *(Continuación)*. LA PERMUTA 320
I. La compraventa con retracto convencional 320
II. Las compraventas a prueba y *ad gustum* 323
III. La compraventa de bienes muebles a plazos 324
IV. La permuta 332
Bibliografía sumaria 333

23. LA DONACION 335
I. Concepto y caracteres de la donación 335
II. Naturaleza jurídica de la donación en el Código civil 336
III. Régimen legal de las donaciones 337
A) Capacidad del donante y donatario 337
B) Objeto y límites de la donación 339
C) Forma de la donación 340
D) La aceptación del donatario 342
IV. Efectos de la donación 343
V. Revocación de las donaciones 344
A) Supervivencia o superveniencia de hijos 344
B) Ingratitud del donatario 346
C) Incumplimiento de cargas 348
VI. La donación «mortis causa» 349
VII. Donaciones modales u onerosas y con causa onerosa 350
VIII. Donación remuneratoria 352
IX. Donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante 353
X. Donaciones con cláusula de reversión 354
XI. Donaciones de nuda propiedad y usufructo 356
XII. Donaciones indirectas 356
XIII. Las liberalidades de uso 357
Bibliografía sumaria 358

24. EL ARRENDAMIENTO DE COSAS 359
I. La concepción unitaria de los arrendamientos y su crítica ... 359
II. Concepto y caracteres del arrendamiento de cosas 359
III. Capacidad para concertar el arrendamiento 360
IV. El objeto del arrendamiento 361
V. Los requisitos de tiempo determinado y precio cierto 363
VI. Forma 364
VII. Los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario 365
A) La entrega de la cosa 365
B) El goce pacífico de la cosa arrendada 366
C) Reparaciones necesarias 367
D) Saneamiento de la cosa arrendada 368
E) Pago del precio en los términos convenidos 368
F) Uso de la cosa 368
G) El respeto a la forma de la cosa. Las mejoras 369
VIII. Terminación del arrendamiento 369
A) Vencimiento del plazo. La tácita reconducción 369
B) Resolución del contrato 370
C) Venta de la cosa arrendada 371
D) Arriendo después de constituida la hipoteca 371
E) Pérdida de la cosa arrendada 371
F) Muerte del arrendador o arrendatario 372
IX. Derechos y obligaciones del arrendatario a la terminación del arriendo 372
X. Desahucio del arrendatario 373
XI. Subarriendo 374
XII. Cesión del arrendamiento 374
XIII. Disposiciones especiales para los arrendamientos rústicos ... 375
A) Relativas a la duración 375
B) Relativas a la renta 375
C) Relativas a la terminación del contrato 375
XIV. Disposiciones especiales para los arrendamientos urbanos ... 376
A) Relativas a la duración 376
B) Relativas a las reparaciones 376
C) Relativas al arrendamiento con muebles 376
Bibliografía sumaria 376

25. LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS 378
I. Fuentes legales 378
II. Contratos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Arrendamientos con pluralidad de objetos 378
III. Contratos excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos .. 379
A) El arrendamiento de industria 379
B) Los arrendamientos complejos 380
C) El arrendamiento de solares 380
IV. Contratos de arrendamientos asimilados al inquilinato 380
V. Contratos de arrendamientos asimilados al de local de negocio 381
VI. Naturaleza de los derechos que concede la ley de arrendamientos urbanos 381
VII. La analogía y el ejercicio de los derechos en la Ley de Arrendamientos Urbanos 382
VIII. Subarriendo 382

A) Subarriendo de viviendas 383
B) Subarriendo de locales de negocio 384
IX. Cesión de vivienda y traspaso de locales de negocio 384
A) Cesión de viviendas 384
B) Subrogación en la vivienda 386
C) Traspaso de locales de negocio 386
D) Traspaso del local de negocio con existencias 389
E) Supuestos que no constituyen traspaso 389
F) Pluralidad de coarrendadores de local de negocio 390
X. Derechos de tanteo y retracto del inquilino y arrendatario del local de negocio 390
XI. Tiempo de duración de los contratos 393
XII. La muerte del inquilino o arrendatario del local de negocio . 394
A) Arrendamiento de vivienda 394
B) Locales de negocio 395
Bibliografía sumaria 395

26. ARRENDAMIENTOS URBANOS *(Continuación)* 396
I. Excepciones a la prórroga 396
A) Necesidad del arrendador 396
B) Derribo de la finca. El derecho de retorno 398
C) No uso del objeto arrendado 399
D) Falta de necesidad del inquilino 400
E) Tenencia de otra vivienda por el inquilino 400
II. Renta de las viviendas y locales de negocio. Cláusulas de estabilización 400
III. La fianza 402
IV. Obras de conservación y mejora 403
V. Arrendamiento de viviendas amuebladas 405
VI. Causas de resolución de los contratos sometidos a la L.A.U. 406
A) A instancias del arrendador 406
B) A instancias del arrendatario 409
C) Carácter taxativo de las causas de resolución 409
D) Plazo de prescripción 409
E) Resolución por pérdida o destrucción 410
VII. Suspensión de los contratos sometidos a la L.A.U. 410
Bibliografía sumaria 410

27. LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS 411
I. Introducción 411
II. La Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980: carácter de sus normas y ámbito territorial de aplicación ... 412
III. Contratos sometidos a la Ley de Arrendamientos Rústicos y contratos excluidos 413
IV. Capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento rústico. El profesional de la agricultura y el cultivador directo. Límites al arrendamiento 416
V. Forma del contrato 418
VI. Duración 419
VII. Renta 420
VIII. Gastos y mejoras 421

A) Gastos necesarios 422
B) Mejoras útiles y sociales 422
C) Mejoras que supongan transformación de la finca por variar su destino productivo 424
D) Mejoras suntuarias 425
IX. Subarriendo, cesión y subrogación 425
X. Acceso a la propiedad 426
XI. Terminación del arrendamiento 429
A) Resolución 429
B) Extinción 430
C) Sucesión 431
D) Expropiación 431
Bibliografía sumaria 432

28. EL CONTRATO DE OBRA 433
I. El contrato de obra en el Código civil: Naturaleza y caracteres 433
II. El suministro de materiales para la realización de la obra: problemática 433
III. Obligaciones del contratista 434
IV. Obligaciones del comitente 435
A) Pago del precio 435
B) Recepción de la obra y sus consecuencias jurídicas: responsabilidad por vicios ocultos 436
C) Otras obligaciones 438
V. Los riesgos en el contrato de obra 438
VI. Causas específicas de extinción del contrato de obra 440
VII. Responsabilidad por ruina de la obra 441
A) Concepto de ruina 441
B) Vicios ruinógenos: su imputabilidad 441
C) Plazo de ejercicio de la acción 442
D) Legitimación activa y pasiva 443
E) Solidaridad de los responsables 445
F) Prueba 445
G) Responsabilidad 445
VIII. Responsabilidad del contratista por hechos ajenos 445
IX. Protección legal de los créditos nacidos del contrato de obra. 445
A) Acción directa del artículo 1.597 445
B) Derecho de retención 446
C) Privilegio del crédito por construcción, reparación o conservación 446
X. El contrato de transporte en el Código civil 447
Bibliografía sumaria 448

29. EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS 449
I. Concepto y características 449
II. Objeto 449
III. Capacidad de las partes 450
IV. Obligaciones del arrendatario 450
V. Obligaciones del arrendador 451
VI. Duración 451

VII. Extinción 451
VIII. Regulación legal del arrendamiento de servicios en el Código civil 452
Bibliografía sumaria 452

30. EL PRESTAMO 453
I. Definición y caracteres del préstamo 453
II. La perfección del contrato de préstamo: su configuración como contrato real 453
III. El comodato: definición y caracteres 455
A) El derecho de uso del comodatario 456
B) Las obligaciones del comodatario 457
C) Las obligaciones del comodante 457
D) Extinción del comodato 458
IV. El precario 458
V. El simple préstamo o mutuo 460
A) Definición y caracteres 460
B) Capacidad de las partes 460
C) Obligaciones del prestatario 461
VI. Préstamo con intereses 461
A) Represión de la usura. La Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 462
B) Establecimientos de préstamos sobre prendas 464
Bibliografía sumaria 464

31. EL DEPOSITO 465
I. Concepto y caracteres del depósito 465
II. Clases de depósito 465
III. El depósito voluntario 466
A) Los sujetos del depósito: capacidad y legitimación 466
B) La incapacidad sobrevenida del depositante 468
C) La pluralidad de depositantes y de depositarios 468
D) El objeto del depósito. El llamado depósito irregular ... 469
E) Las obligaciones surgidas del contrato de depósito 470
F) La extinción del depósito y la obligación de restitución del depositario 471
IV. El llamado depósito necesario 472
V. El depósito judicial o secuestro. El secuestro convencional .. 473
Bibliografía sumaria 474

32. EL MANDATO. LA MEDIACION 475
I. Concepto y caracteres del mandato 475
II. Mandato y representación 476
III. El contenido de la relación jurídica de mandato 477
IV. Pluralidad de mandantes o mandatarios 478
V. La mediación: concepto y notas características 479
A) El derecho del mediador a la retribución 480
B) Extinción 480
Bibliografía sumaria 481

33. LOS CONTRATOS ALEATORIOS 482
I. El concepto de contrato aleatorio y sus clases 482
II. El juego y la apuesta 483
III. La renta vitalicia: concepto y caracteres 484
A) Naturaleza del derecho a percibir la renta o pensión ... 485
B) Sujetos 485
C) Objeto del contrato y de la pensión 486
D) Forma 486
E) Efectos 486
F) Aseguramiento 487
G) Nulidad y extinción del contrato 487
H) Renta vitalicia constituida a título gratuito 488
I) El vitalicio 488
IV. El contrato seguro 489
Bibliografía sumaria 489

34. EL CONTRATO DE TRANSACCION 490
I. Concepto, presupuestos y caracteres 490
II. Naturaleza jurídica de la transacción 491
III. La capacidad para transigir 493
IV. El objeto de la transacción 493
A) Transacción sobre el estado civil 494
B) Transacción sobre alimentos 494
C) Transacciones sobre cuestiones matrimoniales 494
D) Transacción sobre la acción civil derivada de delito 495
V. Forma e interpretación de la transacción 495
VI. Efectos de la transacción 496
VII. Ineficacia de la transacción 497
A) El error 497
B) Dolo 499
Bibliografía sumaria 500

35. EL CONVENIO ARBITRAL 501
I. La decisión de controversias jurídicas por terceros 501
II. El arbitraje 501
A) Materias excluidas del arbitraje 502
B) Forma y clases de arbitraje. El llamado arbitraje libre . 503
III. El convenio arbitral 503
A) Concepto, naturaleza y contenido esencial 503
B) Capacidad de las partes 504
C) Forma 504
D) La designación de los árbitros. La intervención judicial 505
E) Efectos del convenio arbitral 506
IV. Los árbitros 507
A) Capacidad y cualidad 507
B) Número 508
C) Aceptación del arbitraje y sus consecuencias 508
D) Recusación 508
E) Sustitución 509
V. El procedimiento arbitral 509

VI. El laudo 510
VII. Recursos contra el laudo 511
VIII. Ejecución del laudo 512
Bibliografía sumaria 512

36. LA SOCIEDAD CIVIL 514

I. La sociedad civil y sus caracteres jurídicos 514
A) La sociedad como contrato 514
B) La constitución de un fondo común 516
C) El lucro 516
D) La intención de constituir sociedad o *«affectio societatis»* 517
II. La personalidad jurídica de las sociedad civiles. Sociedades civiles sin personalidad 518
III. Clases de sociedades 520
A) La distinción entre sociedad universal y sociedad particular 520
B) La distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil. Sociedades civiles con forma mercantil 521
IV. Capacidad de las partes 522
V. Objeto 523
VI. Forma 523
VII. Aportaciones de los socios 523
VIII. La administración de la sociedad 524
IX. Relaciones entre la sociedad y terceros 528
X. Las deudas sociales 528
XI. Intransmisibilidad de la cuota 529
XII. Distribución de pérdidas y ganancias 529
XIII. Extinción de la sociedad 531
XIV. Liquidación y partición de la sociedad 535
Bibliografía sumaria 536

37. LOS CONTRATOS PARCIARIOS 537

I. Concepto y naturaleza jurídica de los contratos parciarios .. 537
II. La aparcería en el Código civil 537
III. La aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 538
A) Aparcería y arriendo parciario 538
B) Aparcería y contrato de trabajo 539
C) Duración 540
D) Forma del contrato 540
E) Derechos y obligaciones de las partes 541
F) Extinción 542
G) Acceso a la propiedad del aparcero 542
H) Conversión de la aparcería en arrendamiento 543
I) Expropiación 543
IV. Régimen del arrendamiento parciario 543
Bibliografía sumaria 544

38. LA FIANZA 545

I. La obligación del fiador: sus caracteres 545
II. La obligación garantizada 545

A) Validez 545
B) Obligaciones futuras 547
III. Contenido de la obligación del fiador 547
IV. Carácter expreso y forma de la fianza 547
V. Extensión de la obligación del fiador 547
VI. Fuentes de la fianza 548
A) Fianza convencional 548
B) Fianza legal y judicial 549
C) Capacidad para ser fiador 549
D) Onerosidad y gratitud de la fianza 550
VII. Relaciones entre el acreedor y el fiador 551
A) La reclamación contra el fiador. El beneficio de excusión 551
B) Otras excepciones 552
VIII. Relaciones entre el deudor y el fiador 553
A) Antes de efectuar el pago 553
B) Después de efectuar el pago: acciones del fiador contra el deudor 554
IX. Extinción de la fianza 555
X. La cofianza 556
A) Relaciones entre los cofiadores 556
B) Relación entre los cofiadores y el deudor 557
C) Extinción de la cofianza 557
XI. La subfianza 558
XII. Fianza y cofianza solidaria 558
XIII. Retrofianza 559
XIV. Figuras afines a la fianza 559
A) La llamada fianza por deuda propia 559
B) La promesa del hecho de tercero 559
C) Los contratos de garantía 560
D) *Fideiussio indemnitatis* 560
XV. Contratos de prenda, hipoteca y anticresis 561
Bibliografía sumaria 561

IV

CUASI CONTRATOS. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

39. CUASI CONTRATOS 565

I. Concepto legal del cuasi contrato. Cuasi contratos atípicos .. 565
II. Gestión de negocios ajenos sin mandato. Sus presupuestos .. 566
A) Objeto de la gestión 568
B) Contenido 568
C) Suministro de alimentos y gestión funeraria 570
Bibliografía sumaria 570

40. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 571

I. La causa en las atribuciones patrimoniales 571
II. Antecedentes históricos de la doctrina del enriquecimiento sin causa 571

III. El enriquecimiento sin causa en la época de la codificación . 573
IV. Construcciones doctrinales 574
A) El enriquecimiento sin causa dentro de los principios generales del Derecho 574
B) El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones 575
C) El enriquecimiento sin causa y el control causal-funcional de los desplazamientos de valor y la teoría de la causa . 576
V. El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia. La pretensión de enriquecimiento 577
A) Presupuestos 577
B) Contenido 580
C) Naturaleza y prescripción. La cuestión de la subsidiariedad 580
Bibliografía sumaria 581

41. COBRO DE LO INDEBIDO 582
I. El cuasi contrato de cobro de lo indebido: presupuestos 582
II. El error del *solvens* 582
III. Objeto de la restitución 583
IV. Naturaleza de la acción del *solvens* y los actos de disposición del *accipiens* 586
V. Excepción a la obligación de restituir 587
Bibliografía sumaria 588

V

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

42. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL 591
I. Responsabilidad contractual y extracontractual 591
II. Los criterios dominantes de la estructuración de la responsabilidad extracontractual 591
A) Crisis del sistema basado en la culpa y su superación .. 592
B) El paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva 594
C) Conclusiones 595
III. El concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual 596
IV. Los tipos de responsabilidad civil extracontractual 597
V. Los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual 598
VI. El comportamiento y su consideración como acto ilícito 598
VII. El daño 599
A) Daño patrimonial 600
B) Daño moral 601
C) Consideración especial del daño por causa de privación de la vida 602
D) Prueba del daño 603
VIII. La relación de causalidad 603
A) La concurrencia de causas 604
B) Caso fortuito y fuerza mayor..... 605

C) La culpa del perjudicado 606
D) Intervención de tercero 607
IX. Los criterios legales de imputación de la responsabilidad 607
A) La culpa. Superación del sistema culpabilístico. La presunción de inocencia 607
B) El dolo 609
C) Los criterios legales de imputación de la responsabilidad distintos de la culpa 610
X. Las circunstancias de exoneración de la responsabilidad 610
A) La legítima defensa 610
B) El estado de necesidad 611
C) Consentimiento del perjudicado 612
Bibliografía sumaria 612

43. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *(Continuación)* 614
I. Los sujetos de la responsabilidad civil 614
A) La responsabilidad civil de las personas jurídicas 614
B) La pluralidad de autores del hecho dañoso. La responsabilidad del grupo 615
II. La reparación del daño 616
A) Extensión de los daños 617
B) Formas de reparación 618
C) Carácter de la deuda indemnizatoria 618
D) Compensaciones de lucros con el daño 619
E) Fijación convencional o judicial del daño 619
F) Prescripción de la acción 620
III. El seguro de responsabilidad civil 620
IV. Responsabilidad civil derivada del ilícito penal 621
Bibliografía sumaria 622

44. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *(Continuación)* 624
I. Concepto y fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno 624
A) La responsabilidad de los padres 624
B) Responsabilidad del tutor 625
C) La responsabilidad civil de los empresarios 626
D) Responsabilidad del Estado 627
E) Responsabilidad de los educadores 628
F) ¿Carácter exhaustivo de los supuestos del artículo 1.903? 629
II. La responsabilidad por los daños causados por los animales y cosas 629
A) Los daños causados por animales 630
B) Los daños causados por la caza 630
C) Responsabilidad por ruina de los edificios 632
D) La responsabilidad por actividades industriales de carácter peligroso o nocivo 634
E) El artículo 1.910 635
Bibliografía sumaria 635

45. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA IMPUESTA LEGALMENTE 637
I. La responsabilidad en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor 637
II. Los daños causados por la navegación aérea 639
III. El riesgo de daños nucleares 641
IV. La responsabilidad en la legislación de caza 643
V. Responsabilidad del Estado en la protección de la seguridad ciudadana 644
VI. La responsabilidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 644
Bibliografía sumaria 646

ABREVIATURAS

A. A. M. N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A. D. C.	Anuario de Derecho civil
Arch. Giur.	Archivio Giuridico Seraffini
Ap.	Apéndice
A. Ph. D.	Archives de Philosophie du Droit
C. c.	Código civil
C. de c.	Código de comercio
Comp.	Compilación de Derecho civil especial
C. L. C.	Centenario de la Ley del Notariado (Estudios en varios volúmenes con motivo de ese centenario)
D. G.	Diritto e Giurisprudenza
D. T.	Disposición Transitoria
E. D.	Enciclopedia del Diritto
I. J.	Información Jurídica
L. E. C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L. G. T.	Ley General Tributaria
L. H.	Ley Hipotecaria
L. O. E.	Ley Orgánica del Estado
L. R. J. A. E. ...	Ley de Régimen Jurídico Administración del Estado
L. S.	Ley del Suelo
N. E. J. S.	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
R. A. P.	Revista de Administración Pública
R. D. C.	Rivista di Diritto Civile
R. D. Comm. ...	Rivista del Diritto Commerciale
R. D. M.	Revista de Derecho Mercantil
R. D. N.	Revista de Derecho Notarial

R. D. P.	Revista de Derecho Privado
R. D. U.	Revista de Derecho Urbanístico
R. G. D.	Revista General del Derecho
R. G. L. J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R. H.	Reglamento Hipotecario
R. I. Not.	Revista Internacional del Notariado
R. J. C.	Revista Jurídica de Cataluña
R. T. D. C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
R. T. D. P. C. ..	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
R. R. A. L. J. ...	Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia
T. Cicu-Messineo	Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por ambos juristas, en varios volúmenes, a cargo de diversos autores, editado por Giuffrè.
T. Vasalli	Trattato di Diritto Civile, dirigido por el citado jurista, en varios volúmenes a cargo de diversos autores, editado por UTET

I

EL CONTRATO EN GENERAL

1. EL CONTRATO

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO Y SU EVOLUCION HISTORICA

Nuestro Código civil, en el título II del libro IV (arts. 1.254-1.314), establece una regulación general de las obligaciones y contratos, pero no define lo que el contrato es. El artículo 1.089 lo enumera entre las fuentes de las obligaciones; el artículo 1.091 afirma que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes», y el artículo 1.254 dice que «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». De estos preceptos podemos deducir que el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas. Es una de las ideas centrales de todo el sistema de Derecho privado, y, junto con la propiedad, constituye uno de los pilares básicos del orden económico, pues a través de él se realiza la función de intercambio de los bienes y servicios. Pero es también un supraconcepto *(Oberbegriff),* que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente, tanto al Derecho privado como al Derecho público e incluso al Derecho matrimonial.

En un sentido más restringido, y buscando el sometimiento a un régimen jurídico unitario, la doctrina más reciente aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales. Visto desde esta pespectiva, el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Corresponde a KELSEN el mérito de haber establecido la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma. La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere tanto al acto que los contratantes realizan (v. gr., se dice *celebrar* un contrato) como al resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce (v. gr., se dice *cumplir* un contrato). Desde el primer punto de vista, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, esto es, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo punto de vista, el contrato se nos aparece como un precepto o una regla de conducta *(lex contractus,* regla contractual), es decir, como una determinada ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.

La concepción del contrato como fuente de obligaciones en base exclusivamente al acuerdo o consentimiento de las partes es fruto de una larga evolución histórica en la que se han cruzado corrientes de pensamiento muy heterogéneas, pues el Derecho Romano no nos la legó así.

La tradicional cuatripartición romana de los contratos *(re, verbis, litteris,*

consensu) dice GROSSO que individualiza el elemento obligante, la causa por la que surge la obligación; el *consensus* es característica de un tipo de contratos, no del contrato.

En efecto, frente a las obligaciones que nacen: por la entrega de una cosa *(re),* como es la de restituir en el mutuo; por el empleo de determinadas expresiones *(verbis),* como la histórica *stipulatio* compuesta de una pregunta y una respuesta; por la *transcriptio* en libros contables *(litteris),* las derivadas del *consensus* tienen en él su fuerza exclusivamente. Eran cuatro los contratos de este último tipo: compraventa, mandato, arrendamiento y sociedad.

En las fuentes de la época post-clásica y justineanea aparece la categoría de los contratos innominados, en los que las partes acuerdan prestaciones recíprocas, pero que no hacen surgir la obligación de cumplir para una parte hasta que la otra no cumpla. No es tanto el acuerdo como la ejecución de lo convenido por uno de los contratantes lo que autoriza a exigir al otro. Los casos que entran en aquella categoría son cuatro: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

Al lado de las figuras anteriormente mencionadas, el Derecho Romano conoció la institución de los pactos. El pacto es definido por ULPIANO como «duorum vel plurium in idem placitum et consensus», es efectivamente un acuerdo de voluntades, pero no produce obligación ni acción para exigir lo pactado. En un primer momento sólo origina la posibilidad de oponer una excepción para paralizar la acción del demandante. Posteriormente algunos pactos fueron, sin embargo, provistos de acción.

La apertura total a la concepción moderna del contrato se desencadena cuando a la voluntad humana se la considera como eje de la obligación; si alguien queda obligado es porque ha querido obligarse. Y ello ocurre por influjo de múltiples factores. Cabe anotar entre los más significativos: *a)* la doctrina de los canonistas, que probablemente por una serie de motivos religiosos —la condena del pecado de la mentira— afirman el deber de fidelidad a la palabra dada, y, por consiguiente, el deber de observar los pactos; *b)* las necesidades prácticas del tráfico mercantil, contrario a la tipificación contractual romana y a sus inútiles formalismos, que llevan a su decadencia y favorable al principio con arreglo al cual el solo consentimiento obliga, que en nuestro Derecho consagró en 1340 la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá. Pero la más fuerte corriente de pensamiento operante en esta materia fue la escuela del Derecho natural racionalista y las ideas de la Ilustración y del Iluminismo, que conciben al hombre como ser libre no sujeto por naturaleza a más voluntad que la suya. Es la primacía del individualismo jurídico, que conceptúa a la sociedad como constituida por individuos cuyas relaciones han de tener un fundamento voluntario o, en otras palabras, basadas en los acuerdos o pactos.

II. APOGEO Y DECADENCIA DE LA NOCION CLASICA DE CONTRATO

La exaltación de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de los intercambios, en la que florece la economía liberal del *laissez faire, laissez passer.* Aquel principio servía a las mil maravillas a una sociedad en la que se quería suprimir no sólo las trabas del corporativismo y del Estado, sino también las que se opusiesen a la libertad contractual, pensando que el libre juego de la oferta y la demanda y el egoísmo individual son los motivos de la felicidad y prosperidad de las naciones (ADAM SMITH).

El Código Napoleón es fiel heredero de estas ideas, que plasma en un articulado cuyo trasfondo es la concepción liberal de la organización social y económica. El libre desenvolvimiento de la voluntad en sus múltiples manifestaciones (circulación de la riqueza, fijación de los precios de las cosas y servicios, libertad de creación e instalación de industrias y comercios, etc.) es el que llevará a un equilibrio social feliz por la necesidad de contar con la voluntad de todos los sujetos operadores o concurrentes en el mercado.

Sin embargo, el orden liberal entra en una crisis inmediata, debido a la quiebra de sus postulados. La igualdad de las partes, necesaria para seguir sustentando una noción de contrato como acuerdo entre las mismas, se revela como un sarcasmo cuando hay inmensas masas que no tienen nada o muy poco frente a una clase social que detentaba la mayor parte de los bienes, gracias sobre todo a los pocos escrúpulos que mostraron al hacerse con la propiedad de los mismos cuando sus anteriores titulares fueron desposeídos por la política revolucionaria (recuérdese, por ejemplo, la venta masiva de los bienes de la Iglesia y de la nobleza emigrada en las jornadas de la Revolución Francesa). La fijación de los precios por obra y arte de los mecanismos del mercado no deja de ser una utopía cuando la concurrencia está controlada por los monopolios u oligopolios, que dictan sus condiciones a los consumidores desprovistos de todo poder de negociación. En estas condiciones, la intervención del Estado se reclama cada vez con más intensidad para que evite los obstáculos y conductas que impiden el funcionamiento correcto de las fuerzas naturales del mercado, o para que sancione un orden dentro del cual han de moverse necesariamente los sujetos, o bien para que sustituya a los operadores económicos convirtiéndose, por la planificación imperativa y por ser el titular de los bienes y capitales de producción, en el único agente, creyéndose que desaparecerían entonces todas las injusticias derivadas del orden social burgués.

La intervención del Estado en la vida económica es un postulado indeclinable a partir sobre todo de la primera guerra mundial, y ello tiene su reflejo en la absoluta limitación que experimenta el dogma de la autonomía de la voluntad junto con la concepción del Estado social de Derecho, conformador de un orden social justo (FORSTHOFF). Son innumerables los aspectos concre-

tos que pudiéramos enumerar como demostrativos de esa intervención estatal o de esa limitación de la autonomía de la voluntad, aunque pudiéramos resaltar desde un punto de vista abstracto y general los siguientes rasgos:

1.° Limitación del principio de la libertad de contratar. Cuando los agentes económicos gozan de supremacía en el mercado, es evidente que para ellos no debe regir el principio de la libre y absoluta voluntad de contratar.

2.° Limitación del principio de libertad en la fijación del contenido del contrato, que lleva al establecimiento con normas de *ius cogens* de la trama que constituyen los derechos y deberes de las partes para hacer posible la igualdad entre las mismas, aunque permitiendo las cláusulas voluntarias que sean más favorables para la parte que se quiera proteger (asegurado, arrendatario, etc.) que las impuestas por el legislador, o bien no permitiendo el desplazamiento de las normas que son meramente dispositivas relativas a aquella trama cuando el contenido contractual ha sido predispuesto por una de las partes y la otra no tiene más que aceptarlo o rechazarlo, pero no libertad para discutirlo o acordarlo (p. ej., las llamadas «condiciones generales de los contratos» de las empresas, que presentan a sus clientes el contrato tal y como ella quieren que se celebre de acuerdo a tales «condiciones»).

3.° Fijación imperativa de los precios de bienes o servicios o sometimiento de ellos a un control público.

Ahora bien, si es verdad que la autonomía de la voluntad se encuentra hoy totalmente debilitada, también es verdad que habrá que imponer un límite a la intervención estatal en la órbita de aquélla para que no la ahogue o suprima, siempre y cuando queramos seguir manteniendo un sistema social de libertades.

III. LAS NUEVAS MODALIDADES CONTRACTUALES

La evolución económica y social experimentada en los últimos tiempos ha dado lugar a una serie de mutaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos. Un tráfico económico cada vez más acelerado ha ido dando lugar a la aparición de una serie de modalidades contractuales de muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional. Aparecen, en primer lugar, los llamados *contratos en masa* o *contratos-tipo,* impuestos a sus clientes por grandes empresas mercantiles e industriales y referidos muchas veces a la utilización de bienes o de servicios imprescindibles en la vida cotidiana (agua potable, gas, energía eléctrica, teléfono, etc.). El hecho de referirse a bienes de consumo necesario hace que la libertad de iniciativa se encuentre en ellos enormemente restringida y que aparezca muy clara la situación de prepotencia de una de las partes respecto de la otra, razón por la cual decae el presupuesto ideológico de la libertad de las partes para contratar. Se hace tránsito de esta manera a los llamados contratos de adhesión, contratos por formulario o contratos con condiciones generales, a los que más adelante haremos referencia.

En segundo lugar, una serie de condicionamientos de política económica y de política social (por ejemplo, escasez de viviendas, necesidad de colocación de la mano de obra) hacen que el régimen jurídico o el contenido de determinados contratos no puedan dejarse tampoco al juego de la pura libertad contractual, porque ello supondría dejar a una de las partes, la económicamente más débil, a merced de la otra y que el Estado tenga que asumir la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo e irrenunciable a estos contratos (por ejemplo, contratos de trabajo o de arrendamiento de viviendas). Se recorta de esta manera la libertad contractual, pues aunque las partes son todavía libres para contratar o no contratar, si contratan deben hacerlo sometiéndose a un esquema impuesto legalmente. Puede hablarse así de unos *contratos normados* o contratos con un contenido imperativo determinado.

Bajo el nombre de *contrato forzoso (contrat imposé, diktierte Vertrag)* conoce la doctrina moderna todos aquellos casos, que son en gran parte producto del «dirigismo» estatal en materia económica y de la cada vez más absorbente intervención pública en materia patrimonial, en los cuales las partes se ven inmersas en una relación contractual o, para decirlo más exactamente, en una relación jurídica similar a la que crea un contrato sin haberlo querido, esto es, sin su voluntad o incluso en contra de su voluntad. MOREL, que estudió esta materia detenidamente en la doctrina francesa, señaló que bajo el nombre de contrato forzoso se suelen englobar situaciones diferentes. No les conviene aquella denominación a los casos en que una persona resulta obligada a contratar porque ella misma lo ha querido —caso de los contratos preparatorios o promesas de contrato— ni tampoco a aquellos en que la imposición procede de una determinada situación de hecho, como el «depósito miserable» (art. 1.781 C. c.), que se denominan «contratos necesarios».

Los genuinos «contratos forzosos» no son verdaderos contratos, sino que se trata de hipótesis de constitución forzosa —legal, administrativa o judicial— de relaciones jurídicas de Derecho privado por razones de interés social. Así, en la Disposición adicional 2.ª de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, se regula el alquiler obligatorio de viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueren por nadie, otorgando las correspondientes facultades al gobernador civil de la provincia.

También son de destacar aquellos casos que la doctrina alemana denomina de «prestaciones del tráfico en masa», en los cuales determinadas obligaciones (v. gr., la de pagar un precio) surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna. Puede tomarse como ejemplo de este tipo de casos el de utilización de un aparcamiento de vehículos. El conductor de un vehículo que lo sitúa en un aparcamiento viene obligado a pagar la tasa. Casos similares son los de la utilización de un medio de transporte de servicio público o las prestaciones ofrecidas por las máquinas automáticas. La obligación surge de un comportamiento que no puede valorarse como declaración de voluntad. LARENZ, a nuestro juicio con acierto, ha hablado en estos casos de una «conducta social típica» como fuente de obliga-

ciones distinta del negocio jurídico. Es evidente que querer reducir estas hipótesis a figuras contractuales no pasa de ser una ficción. No hay en ellas verdadera «relación contractual», pero sí relaciones obligatorias derivadas de una conducta social.

IV. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Son numerosas las clasificaciones que se han hecho y se pueden hacer de los contratos, generalmente con una visión meramente descriptiva y poco útil si no va precedida de un estudio pormenorizado de cada uno de ellos o, por lo menos, de los más comunes y tradicionales. Por eso, al exponer inmediatamente una clasificación, ha de advertirse que no persigue otro objetivo que dar una visión primaria que ayude a comprender los posteriores desarrollos.

Esta clasificación podría ser la siguiente:

A) CONTRATOS CONSENSUALES, REALES Y FORMALES

En el Derecho moderno, la regla general es la de que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, lo que recogen los artículos 1.254 y 1.258 de nuestro Código civil, entre otros. Sin embargo, siguiendo una tradición histórica que se remonta al Derecho Romano, se habla de contratos reales con referencia a unos contratos que no se perfeccionan por el mero consentimiento, sino que exigen la entrega de una cosa. Son el mutuo o simple préstamo y el comodato o préstamo de uso de una cosa (art. 1.740), el depósito (art. 1.758) y la prenda (art. 1.863). Como veremos en su momento, es una categoría muy discutida y hoy hay un importante sector de la doctrina que la niega.

De contratos reales se habla también en la doctrina moderna en un sentido completamente distinto del anterior para aludir a los que producen como efecto la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real. Tienen eficacia real frente a los contratos obligatorios, cuyo efecto es la constitución entre las partes de una relación obligatoria (derechos de crédito). En la doctrina alemana existe incluso una diferente terminología para designar a los primeros, pues mientras el tradicional contrato real se denomina *Realvertrag*, los que producen eficacia jurídico-real son llamados *dingliches Verträge*. No obstante, hay que señalar que los contratos no tienen en nuestro Derecho esta virtud por principio general. La adquisición de la propiedad y derechos reales requieren *además* el cumplimiento del requisito de la *traditio* o entrega de la cosa (arts. 609 y 1.095).

Frente a los contratos consensuales y reales, los contratos formales se caracterizan porque para su plena constitución y eficacia se precisa de una forma especial —escritura pública, documento privado—. Son excepciones al principio de perfección de los contratos por el simple consentimiento.

B) CONTRATOS UNILATERALES, BILATERALES Y PLURILATERALES

El contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, atendiendo al número de partes que en él intervienen. Pero corrientemente la unilateralidad o bilateralidad del contrato se refiere no al número de partes, sino de obligaciones que el contrato en cuestión crea y a su estructura. Los contratos se llaman bilaterales cuando crean obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes (v. gr., la compraventa, donde existen la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio), aunque la denominación que mejor les conviene sea la de sinalagmáticos. Por el contrario, son unilaterales los que crean obligaciones a cargo de una de las partes exclusivamente (v. gr., el préstamo, que sólo hace nacer la obligación de devolver la cosa o suma prestada una vez perfeccionado con la entrega de la misma).

Como un género intermedio, algún sector de la doctrina ha situado los llamados bilaterales *ex post facto*, que son aquellos contratos en que las obligaciones que de los mismos se derivan recaen sobre una de las partes, pero en el momento de su liquidación pueden imponer obligaciones a cargo de la otra. En el depósito o comodato, *dentro de la tesis que los conceptúa como contratos reales*, no hay más obligación que la de restituir a cargo del depositario o comodatario, pero en el momento de la extinción del contrato pueden surgir obligaciones a cargo del depositante o comodante, como son las de resarcir los gastos sufridos por el depositario o comodatario para la conservación de la cosa. No es pacífica esta categoría, y la opinión general no los sujeta a las mismas normas que los bilaterales.

El contrato, sea unilateral o bilateral, es un instrumento de conciliación de intereses contrapuestos de las partes que lo celebran, y por ello no sirve enteramente para calificar las situaciones en que dos o más partes se conciertan para alcanzar fines comunes (en la sociedad, el lucro), aportando al efecto los bienes o trabajos necesarios. El beneficio que aquéllas obtienen no proviene de un intercambio de prestaciones sino de una colaboración organizada. De ahí el nacimiento de la categoría de los contratos plurilaterales, con un régimen propio, distinto del que necesitan los contratos de cambio. El Código civil italiano de 1942 la recoge y regula, lo mismo que otros Códigos influidos en gran medida por él, como el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

C) CONTRATOS ONEROSOS Y LUCRATIVOS

En el negocio oneroso, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. En el negocio lucrativo, por el contrario, el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida.

No es imprescindible que el beneficio y sacrificio en los negocios onerosos se fundamente en una relación de causalidad, de tal manera que la prestación

o su promesa tenga causa en la prestación o su promesa de la otra parte (*vid.* art. 1.274), ya que la noción de negocio oneroso no es sinónima de contrato bilateral sinalagmático. Ciertamente que esta figura es el prototipo del negocio oneroso, en tanto que en ella se da esa relación de causalidad antedicha (en la compraventa, la obligación del vendedor de entregar la cosa es la contraprestación de la obligación del comprador de pagar el precio). Pero hay contratos unilaterales onerosos. Así, por ejemplo, el mutuo o préstamo simple es un contrato unilateral, en tanto que genera una obligación o cargo del prestatario de devolver ell *tantundem* (art. 1.740, p. 1.°). Si se pacta el pago de intereses, la ventaja que para el prestatario supone disponer de dinero ajeno se compensa por el sacrificio de tener que pagar su precio (los intereses), que es, a su vez, la ventaja del prestamista, pero no hay reciprocidad entre ambas.

La relación de equivalencia es subjetiva, establecida por las partes. No se exige en el Código civil una equivalencia objetiva con sus consecuencias: precio justo en la compraventa; rescisión por lesión cuando falte una equivalencia entre lo que se da y recibe, etc.

El prototipo del negocio jurídico lucrativo es la donación (art. 618), pero no el único. Existen otros en los que no se da el esquema de la donación (empobrecimiento y enriquecimiento relativo del donatario), pero que son gratuitos. Así, por ejemplo, el mandato (art. 1.711, p. 1.°); el comodato (art. 1.470, p. 2.°); el simple préstamo (art. 1.740, p. 3.°); el depósito (art. 1.760). Son negocios gratuitos que se rigen por las reglas legales propias de cada tipo, y no por las de la donación.

En la enumeración de causas de los contratos que hace el artículo 1.274 se incluye la causa remuneratoria, que consiste en el servicio o beneficio que se remunera. El origen de este tercer género de causa se encuentra en el artículo 997 del Proyecto de 1851, del que es copia el actual artículo 1.274. GARCÍA GOYENA, sin embargo, no le daba sustantividad propia a los contratos remuneratorios, ya que los reputaba onerosos.

En el contrato remuneratorio —dice DE CASTRO—, las partes consienten (expresa o tácitamente) en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado.

D) CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos y aleatorios. Conmutativos son aquellos en los cuales la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellas de manera inmodificable (v. gr., la compraventa). Los aleatorios son definidos en el artículo 1.790 así: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado». Sin perjuicio de mayores precisiones que

se harán al estudiar la regulación de los distintos contratos aleatorios recogidos en el Código civil, basta señalar que la aleatoriedad no tiene aquí el sentido económico que se da en todo contrato (el comprador no sabe si la cosa que adquiere valdrá en el futuro más o menos del precio que ha pagado por ella), sino que incide en la ejecución de la prestación o en su cuantía. Por ejemplo, en una apuesta bilateral sobre si ocurrirá o no un determinado evento, ambos apostantes quedan obligados desde la perfección del contrato, pero sólo uno de ellos ejecutará su prestación según el resultado; cuando A entrega a B un inmueble a cargo de percibir del mismo una renta anual durante toda su vida, no se sabe hasta cuándo B va a estar obligado, cuándo se liberará de su obligación, lo que incide en su cuantía total y hace imposible fijar *a priori,* como en un contrato conmutativo, la equivalencia entre la prestación de A y la de B.

E) CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos, los que carecen de ella.

La autonomía de la voluntad, reconocida y a su vez limitada en el artículo 1.255 del Código civil, permite indudablemente que los contratantes pacten una reglamentación negocial distinta de la prevista en la ley para el contrato que han celebrado, siempre y cuando su desplazamiento no suponga la de las normas imperativas que lo rigen. No hay un abandono del esquema legal y el supuesto no merece consideración especial.

Sin embargo, en ocasiones las partes no se limitan a emplear para sus fines aquel esquema y, en su caso, aquella reglamentación, sino que crean uno nuevo, dando lugar al contrato innominado o atípico, caracterizado así por la circunstancia de que no posee regulación legal. El fenómeno de la aticipidad es más acusado cuando el ordenamiento jurídico, ante las nuevas necesidades del tráfico, no crea los instrumentos legales apropiados para darles satisfacción.

La labor de creación de nuevas figuras contractuales no puede, en verdad, ir muy lejos en los ordenamientos jurídicos desarrollados. De hecho, lo que sucede es que se aprovechan al máximo los tipos o esquemas legales existentes, introduciendo en ellos nuevas prestaciones o nuevos pactos que los desnaturalizan o desfiguran para servir a fines distintos total o parcialmente de los previstos por el legislador, o combinan dos o más tipos de los conocidos con ese mismo objetivo.

El contrato atípico presenta el problema de la normativa que le debe ser aplicada, y cuya solución pasa necesariamente, como en cualquier supuesto contractual, por la previa fijación del fin u objeto que los contratantes han perseguido con su celebración.

Ante todo, han de regir las limitaciones a la autonomía de la voluntad (art. 1.255), entre las que se encuentran las leyes imperativas, que en esta materia han de ser las disposiciones de este cáracter contenidas en el título II del

libro IV del Código civil. Hacemos hincapié en las dedicadas a la causa, destacando que los contratos atípicos han de poseerla necesariamente por preceptuarlo con carácter general el artículo 1.261, aunque en ellos la causa será atípica también, en el sentido de que no está reconocida específicamente por el legislador como en los contratos regulados. Tendrán que tener alguna de las causas genéricas que recoge el artículo 1.274.

El contrato atípico se ha de disciplinar igualmente por el artículo 1.258 del Código civil. Serán decisivos, por tanto, los pactos establecidos por los contratantes, y en lo no previsto por ellos los usos y las leyes (dispositivas), además de la buena fe.

La remisión a los usos permite aplicar lo que se ha llamado «tipicidad social», es decir, las normas practicadas en el tráfico con habitualidad en este tipo de contratos. En cambio, la remisión a las leyes plantea una cuestión sobre la que reina el más absoluto desacuerdo, y en la que no se pueden dar más que orientaciones.

Parece indudable que dentro de este bloque de leyes dispositivas han de estar los preceptos del título II del libro IV del Código civil, por ser generales a las obligaciones y contratos. Pero las dudas surgen cuando el supuesto contractual atípico en cuestión contiene elementos de dos o más esquemas contractuales típicos, lo que da lugar a los llamados contratos mixtos o complejos. ¿Cabe entonces la aplicación de la normativa correspondiente a los mismos?

Son varias las teorías que se han formulado. La teoría de absorción busca el elemento preponderante, y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico, se aplica su normativa. Por ejemplo: puede considerarse que en el «contrato de garaje» se busca ante todo la custodia del vehículo, por lo que la prestación principal es la de custodia que ha de prestar el garajista, lo que permite acudir a la normativa del contrato de depósito. En contra, la teoría de la combinación construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por los contratantes.

La teoría de la absorción plantea una dificultad inicial, cual es la de calificar el elemento preponderante o, si se quiere, el verdadero objeto perseguido por los contratantes. Cabe dudar, por ejemplo, de si en el contrato de garaje se ha querido más que la custodia el arrendamiento de un espacio, o si en un contrato de hospedaje se quiere preponderadamente el alquiler de la habitación más que las prestaciones de manutención y servicios. Por eso, para los supuestos que no admitan la teoría de la absorción conviene la teoría de la combinación, que habrá de realizarse sin perder de vista el fin contractual pretendido.

Hay una tercera teoría, llamada de la aplicación analógica, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín. Solución aparentemente simple, pero enormemente dificultosa, al tropezar con una realidad casi insuperable: la atipicidad del contrato, en otras palabras, su no encaje en los tipos legales, y lo que se quiere es precisamente lo contrario.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALONSO PÉREZ: *Sobre la esencia del contrato bilateral,* Salamanca, 1967; BLANQUER UBEROS: *Nuevos esquemas contractuales (Una visión notarial),* R. D. N., 1984 (núms. 125-126), p. 5; DE BUEN LOZANO: *La decadencia del contrato,* Méjico, 1963; DÍEZ-PICAZO: *Los llamados contratos forzosos,* A. D. C., 1956, p. 85; D'ORS: *La formación histórica de los tipos contractuales romanos,* A. A. M. N., t. 6, p. 247; FERRO-LUZZI: *I contratti associativi,* 1969; GARCÍA BAÑÓN: *Concepción unitaria del contrato,* en «Estudios Castán Tobeñas», t. 5, p. 259; GETE-ALONSO: *Estructura y función del tipo contractual,* Barcelona, 1979; GORLA: *El contrato,* 2 volúmenes, trad. esp. con notas de J. Ferrandis, Barcelona, 1959; JORDANO BAREA: *Los contratos atípicos,* R. G. L. J., 1953, p. 53; *Contratos mixtos y unión de contratos,* A. D. C., 1951, p. 321; LALAGUNA DOMÍNGUEZ: *La libertad contractual,* R. D. P., 1972, p. 871; LIPARI: *Derecho privado* (con una selecta bibliografía comentada), trad. esp., 1980; MESSINEO: *Contratto plurilaterale,* E. D., t. 10, 1962; PRADA GONZÁLEZ: *Onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos,* A. A. M. N., t. 16, p. 225; ROPPO: *Il contrato,* Bolonia, 1977; SANTOS BRIZ: *La contratación privada,* Madrid, 1966; SIEBERT: *Relaciones contractuales de hecho,* R. C. D. I., 1970, p. 227.

2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

I. EL ARTICULO 1.261 DEL CODIGO CIVIL

Nuestro Código civil establece en el artículo 1.261 que no hay contrato sino cuanto concurren los requisitos siguientes:

1.° Consentimiento de los contratantes.
2.° Objeto cierto que sea materia de contrato.
3.° Causa de la obligación que se establezca.

Sin embargo, a esta enumeración tradicional de los requisitos del contrato (consentimiento, objeto y causa) hay que añadir el de la forma externa que debe revestir en aquellos casos en que es elevada por la ley a la categoría de presupuesto de validez o existencia de los mismos.

II. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

En rigor, cuando se habla de consentimiento contractual hay que mantener separados los siguientes fenómenos: *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.

A) Capacidad para contratar y prohibiciones de contratar

Nuestro Código civil regula en el artículo 1.263 la capacidad para prestar consentimiento. «No pueden prestar consentimiento...» dice el artículo citado. Sin embargo, no se trata de que el consentimiento puede ser o no prestado, sino de si el contrato generado por ese consentimiento es válido y eficaz. Por ello, más que de la capacidad para consentir debe hablarse de «capacidad para contratar».

Según al artículo 1.263, «no pueden prestar consentimiento» las siguientes personas:

1.° Los menores no emancipados.
2.° Los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

La reforma de la tutela en el Código civil por Ley de 24 de octubre de 1983

obliga a poner en concordancia con ella el núm. 2.° del artículo 1.261, ya que las causas de incapacitación de una persona han variado radicalmente (*vid.* art. 200), no son sólo las que señala el precepto a que nos referimos, y ese estado civil ya no implica una incapacidad absoluta y típica, es decir, igual para todos los casos. Es la sentencia que declara la incapacitación la que establecerá su extensión y el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado (art. 210). De ahí que incapaz de contratar será la persona incapacitada siempre que la sentencia que declare su incapacidad lo establezca, supliendo esa incapacidad por la actuación de su representante legal, lo mismo que en el supuesto del menor no emancipado.

Regulada así, negativamente, la capacidad, se desprende una regla implícita: son capaces para contratar todas aquellas personas a quien la ley no declare expresamente incapaces para ello. En realidad, sustancialmente la capacidad para contratar coincide con la capacidad general de obrar. En consecuencia, aquellas personas que tengan limitada su capacidad de obrar la tienen también limitada para contratar; limitación que dependerá del estado civil del menor de edad o incapacitado en los términos expuestos.

Un fenónemo distinto de la incapacidad para contratar es el de la existencia de una prohibición legal que impide a determinadas personas celebrar determinados tipos de contratos. La incapacidad se encuentra relacionada o tiene su fundamento básico en el estado civil de la persona afectada (menor edad, incapacitación). Las prohibiciones, en cambio, se basan en circunstancias que concurren en algún contratante. Por eso la incapacidad afecta, en general, a toda clase de contratos mientras que la prohibición se refiere sólo a tipos y supuestos determinados. Son casos de prohibición los de los artículos 1.459, que establece prohibiciones para comprar afectantes a determinadas personas, y 1.667, que impide, también a determinadas personas, celebrar entre sí contrato de sociedad universal. Sin embargo, con terminología poco adecuada, el artículo 1.264 las denomina «incapacidades especiales», cuando dice que la incapacidad que declara el artículo 1.263 «está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece».

B) El autocontrato

El autocontrato o contrato consigo mismo es la figura jurídica que surge cuando una persona, que puede afectar con su actuación a más de un patrimonio, crea por su sola voluntad relaciones jurídicas entre ellos obrando dentro del círculo de facultades que tiene. Ejemplo típico es el del representante que, encargado de enajenar una finca, la compra para sí. Es evidente que, además del poder que ostenta sobre su propio patrimonio puede obrar con eficacia directa para el del mandante, y lo ha hecho relacionando ambos con su actuación unilateral.

Nuestro Derecho positivo no regula el autocontrato. Sólo se detectan en el Código civil y en el de comercio preceptos cuyos supuestos de hecho coinciden con algunos que son propios de autocontratos (*vid.*, arts. 1.459, núms. 1 y 2; 163 del C.c.; del Código de comercio, art. 267). De ellos puede inferirse lógica y justamente una prohibición, en principio, de la autocontratación, dado que tienden a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado por la prohibición y los de los otros por los que ha de velar en virtud de la posición jurídica que ostenta. Existiendo en el autocontrato análoga conflictividad, la prohibición debe regir.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, se observa en ella una importante evolución. En un principio negó la validez del autocontrato en general bajo premisas dogmáticas. Estimó que era circunstancia esencial que en todo contrato concurran dos o más voluntades distintas y autónomas (S. de 6 de marzo de 1902). Posteriormente ha dado franca entrada a la figura en nuestro ordenamiento. Considera que si bien el Código civil parece rechazar el autocontrato, lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negarle eficacia como forma lícita y simplificadora del comercio jurídico (Ss. de 5 de noviembre de 1956, 30 de septiembre de 1968 y 8 de enero de 1980). No se trata de un *control a posteriori* en el que se analice si efectivamente ha habido posposición o lesión de los intereses del representado, sino una medida preventiva de defensa de éste.

Planteada en estos términos justos la cuestión, el problema de la invalidez o validez del autocontrato estriba en determinar si en los supuestos de hecho en que aquél puede plasmarse hay o no colisión de intereses. No la habrá sin duda cuando ha sido superada por el propio titular del interés afectado dando la licencia para el autocontrato, lo que ocurre en el ámbito de la representación voluntaria [1], pero no en el de la representación legal, por su misma naturaleza. Ni el tutelado ni el menor pueden dar esa licencia.

Si hay colisión de intereses y pese a ello se autocontrata, ¿qué sanción será la procedente? La jurisprudencia, a propósito de la representación voluntaria, se inclina por la nulidad de pleno derecho (S. de 11 de junio de 1966), y en la representación legal también por la nulidad de pleno derecho (Ss. de 5 de noviembre de 1956 y 9 de mayo de 1968). Sin embargo, la primera solución no es convincente, pues lo que en realidad protege el precepto no es una razón de orden público o moral, sino intereses del titular del patrimonio afectado por la autocontratación. Dogmáticamente cabe conceptuar el negocio como concluido por persona sin poder, susceptible de ratificación posterior (art. 1.259). Por otra parte, si aquel titular puede conferir autorización para el autocontrato, no debe existir inconveniente para que lo ratifique después de efectuado sin ella.

[1] Ss. de 5 de noviembre de 1956, 27 de octubre de 1966 y 30 de septiembre de 1968.

III. EL OBJETO: SUS REQUISITOS

Sabemos que entre los requisitos esenciales del contrato enumera el artículo 1.261 en su núm. 2.° el «objeto cierto que sea materia del contrato». Al decir después en el artículo 1.271 que pueden ser objeto de contrato todas las «cosas», aun las futuras, que no estén fuera del comercio de los hombres, y todos los «servicios» que no sean contrarios a las leyes ni a la moral, centra en las cosas y servicios el objeto de todo contrato.

Esta idea no es muy satisfactoria. ¿Cuál sería entonces el objeto de un contrato por el que uno asume una deuda ajena, es decir, un puro deber jurídico que no es cosa ni servicio? Piénsese, otro ejemplo, en el contrato de sociedad. También es evidente que su objeto no es la cosa o dinero que los socios ponen al constituirla, sino algo que lo trasciende: la actividad que se proponen desarrollar con finalidad lucrativa y para cuyo fin aportan bienes o dinero.

Teniendo en cuenta que el contrato es expresión de una autorregulación por las partes de sus propios intereses, una idea bastante aproximada de su objeto es la que lo identifica con los intereses que el negocio está llamado a reglamentar (BETTI). No obstante, si tenemos en cuenta la realidad última que es apreciada por los contratantes, diremos que el objeto es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de aquéllos.

El objeto del contrato ha de reunir determinados requisitos por imperativo legal, que son:

A) POSIBILIDAD. LAS COSAS FUTURAS

Dice el artículo 1.272 que «no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». La imposibilidad es la originaria, la existente al celebrarse el contrato. En tal caso, y generalizando lo que se dispone en el artículo 1.460 para la venta ante idéntica eventualidad, el contrato es inexistente o radical nulo si se quiere.

Si la imposibilidad no es total, sino parcial, también debe generalizarse la norma contenida en el párrafo 2.° del artículo 1.460. El acreedor está facultado para optar entre desistir del contrato o reclamar la posible, con una reducción en este caso de que la prestación que corra a su cargo. Pero la norma debe completarse en justicia poniendo a cargo del deudor que sabía o debía saber la imposibilidad parcial la responsabilidad correspondiente si el acreedor desiste del contrato [2].

Hasta aquí hemos tratado de la imposibilidad originaria absoluta, es decir,

[2] Si era el acreedor el que sabía o debió saber la imposibilidad, GARCÍA GOYENA opinaba, en relación con la compraventa, que el acreedor (comprador) «deberá pagar todo el precio; no tiene de qué quejarse, no se hace engaño ni perjuicio al que consiente».

para toda clase de personas. Pero la imposibilidad puede ser relativa, o sea, la cosa o servicio es posible, pero el obligado no puede realizar la prestación a ella atinente (p. ej., se obliga a prestar un servicio que exige una cualificación de la que carece). El régimen jurídico de esta hipótesis no debe ser el de la imposibilidad absoluta atendiendo a que el artículo 1.272 no distingue entre ambas. Tal solución sería injusta en esos términos generales. 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 un 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 posibilidad, característica de las cosas y servicios, no excluye la futuridad. Dice en tal sentido el artículo 1.271 que pueden ser objeto de contrato las cosas futuras. Por cosa futura se ha de entender todo bien inexistente en el momento de la celebración del contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho del hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre (por ejemplo, el labrador que vende su cosecha del próximo año, el dueño de un solar que lo permuta por pisos que el constructor a quien se le cede se obliga a construir).

En todos los casos en que el contrato recaiga sobre una cosa futura, los contratantes asumen la obligación de realizar cuantas actividades sean necesarias para que la cosa llege a tener existencia y, al propio tiempo, omitir las que pongan en peligro ese resultado.

Por último, el párrafo 2.° del artículo 1.271 excepciona de la posibilidad de que las cosas futuras sean objeto de contrato a la herencia futura. Sólo admite que el testador (o causante) haga por actos *inter vivos* la partición de sus bienes, pero con eficacia para después de su muerte.

B) Licitud

El requisito de la licitud se expresa en el artículo 1.271 de distinta forma, según se refiera a las cosas o a los servicios. Para las cosas, exige «que no estén fuera del comercio de los hombres». Para los servicios, «que no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres».

Bajo la extracomercialidad de las cosas deben incluirse: 1.° Los bienes de dominio público (art. 339). 2.° Las cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos al quedar fuera del ámbito de poder del individuo (cfr. art. 333). 3.° Los bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares (v. gr., el estado civil de las personas, los bienes de la personalidad, etc.).

Un contrato que recayera sobre cosa fuera del comercio sería un contrato

al que le falta un presupuesto objetivo, sin perjuicio de la indemnización al contratante que no conociera ni podía diligentemente conocer aquel carácter.

Problema distinto es el de las cosas cuyo comercio se encuentra prohibido en determinadas circunstancias (por ejemplo, el tráfico de estupefacientes está prohibido, pero es lícito para usos medicinales). Un contrato sobre las mismas no supone que le falte un presupuesto. Podrá recibir las sanciones administrativas o penales correspondientes, o considerarse como un contrato con causa ilícita o un contrato prohibido, pero nunca como un contrato al que le falte su objeto.

C) Determinación. El objeto determinable

A tenor del artículo 1.273, «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los interesados».

Por «cosa determinada en cuanto a su especie» entiende la jurisprudencia que «la determinación de la cosa se haga en forma que no pueda confundirse con otras distintas» (S. de 28 de octubre de 1952). Por tanto, el objeto puede estar perfectamente determinado en un principio (te vendo mi casa, te vendo este caballo), o relativamente indeterminado, como cuando se señala el género al que la cosa pertenece (te vendo un caballo, te vendo una casa). En este último caso, la determinación del objeto se efectuará al concretarse esa obligación que el Código civil llama genérica. En suma, pues, el objeto puede ser determinado o determinable, si constan en este último caso en el contrato los elementos, para su determinación (S. de 22 de febrero de 1968).

El Código civil no considera necesario para que el objeto esté determinado el señalamiento de la cualidad. Es inocuo si el objeto aparece ya cierto y determinado *(este* caballo, *esta* casa). Cuando se ha realizado una determinación del mismo por el género a que pertenece (vino, trigo), suple la falta de criterios para perfilar la calidad por lo dispuesto en el artículo 1.167: el deudor ha de entregar una cosa de calidad media.

La determinación del objeto del contrato dentro del género señalado por las partes, la fijación del *quantum* de la prestación o de su calidad puede quedar confiada al arbitrio de un tercero (cfr. arts. 1.447 y 1.690), que puede obrar según la equidad *(arbitrium boni viri)* o según su leal saber y entender *(arbitrium merum).* La falta a la equidad determina que la decisión sea impugnable (art. 1.690), y la decisión contraria a la buena fe en el *arbitrium merum* lo mismo. También cabrá impugnación si el tercero no se ha sujetado en su cometido a las instrucciones de las partes (Ss. de 21 de abril de 1956 y 22 de noviembre de 1966).

Si las partes no han fijado a qué tipo de arbitrio ha de someterse el tercero, habrá que estimar que será el arbitrio de equidad (arg. art. 1.690).

Si el tercero no puede o no quiere decidir, el contrato será nulo plenamente o inexistente, no producirá efectos. No es posible recurrir a la autoridad judicial para que supla su actividad (art. 1.447, p. 2.°). Lo mismo ocurrirá si la decisión del tercero queda ineficaz porque se impugne.

IV. LA CAUSA

La causa es otro de los elementos esenciales del contrato, que tiene como fin su control judicial. El juez no puede amparar en nuestro Derecho la pretensión de un acreedor que exige el pago de una obligación, si ésta no se contrajo fundada en una causa que, además, sea lícita y moral. Lo manda el artículo 1.275, a cuyo tenor, «los contratos sin causa, o una causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

Sin embargo, el concepto de causa no lo ha elaborado el legislador con la precisión que requiera tan importante elemento contractual, ni utiliza una terminología unívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 1.261-3.°), y otras de causa del contrato (arts. 1.275, 1.276 y 1.277).

Según el artículo 1.274, «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

El precepto, tomado del artículo 997 del Proyecto de 1851, no define la causa del contrato más que en los gratuitos, a los que llama de beneficencia [3], pues en los onerosos se limita a describir la causa de cada una de las obligaciones en las partes, dando por supuesto que se trata de un contrato bilateral o sinalagmático. Por eso encaja mal la descripción legal en la teoría que estima que los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa: En el préstamo, por ejemplo, el prestatario ha de restituir una suma, pero el prestamista no tiene ninguna obligación frente a él nacida del contrato.

En cambio, la misma descripción servía en el Proyecto de 1851 para todos los contratos onerosos, pues no había contratos reales en el sentido antes indicado. Señalaba GARCÍA GOYENA que todos los contratos se perfeccionaban por el consentimiento, el prestamista quedaba obligado a la entrega del dinero y el prestatario a su devolución. No obstante, y seguramente en obsequio de la tradición histórica, decía que podían llamarse reales en cuanto a que la obligación principal que nace de ellos es la de restituir, lo que supone necesariamente la entrega de la cosa.

[3] El artículo 976 del Proyecto de 1851 definía así el contrato gratuito: «Es gratuito el contrato, por el cual una de las partes otorga a la otra un beneficio por pura liberalidad». GARCÍA GOYENA comenta que equivalen a los contratos de gracia y amor de Las Partidas *los de beneficencia,* en los que incluye el préstamo, comodato, depósito, mandato y donación.

Por tanto, la entrega no perfecciona el contrato real, sino el nacimiento de la obligación de devolver.

La referencia a los remuneratorios sigue conservando el mismo misterio que tenía en aquel Proyecto de 1951, pues su autorizado intérprete, GARCÍA GOYENA, decía que esos contratos «se reputan onerosos». Puede pensarse que el Código civil se refiere a la donación remuneratoria, pero no tiene mucho sentido que se destaque un tipo de donación (la remuneratoria) precisamente cuando la disciplina del Proyecto de 1851 y del Código civil en materia de donación acaba con las especialidades que aquel tipo tuviera con anterioridad.

Como se ve, la definición del artículo 1.274 se revela limitada y, además, no dice cuál sea la causa del contrato oneroso, sino la de cada una de las obligaciones de las partes. Por otra parte, mantiene una concepción aséptica de ella incompatible con el artículo 1.275. Si en la compraventa la causa de la obligación de pagar el precio se encuentra para el comprador en la obligación del vendedor de entregarle la cosa, y la de la obligación de éste en la asumida por el comprador, ¿cuándo una compraventa puede oponerse a las leyes o a la moral?, ¿es que no hay compraventas con causa ilícita?

Las teorías sobre la causa siempre se han empeñado en distinguirla adecuadamente de los propósitos empíricos de las partes. La voluntad de éstas, se dice, se dirige hacia un fin abstracto, típico y constante (por ejemplo, adquirir el dominio de la cosa en la compraventa o en la permuta; el goce en el arrendamiento, etc.) o hacia un fin socialmente útil (cambio de cosas por precio, cambio de uso o goce de una cosa por una merced, enriquecer al donatario, etc.). La razón o razones que hayan movido a esa voluntad fuera de la consecución de aquel fin son irrelevantes.

Sin embargo, lo cierto es que esta concepción abstracta y aséptica de la causa no es siempre la real. Cuando una persona compra, arrienda o toma en préstamo una cantidad, lo hace por algo. Cuando las partes celebran el negocio, afirma la jurisprudencia, para alcanzar fines ilícitos o socialmente reprobables, el negocio tiene una causa ilícita (S. de 26 de abril de 1962). Entonces, ¿por qué no predicar que también los fines lícitos son causas negociales? ¿Por qué el fin o móvil ilícito tan sólo?

Situándonos en el terreno de los propósitos empíricos de las partes es posible dar adecuada respuesta al tema de la causa y también comprender por qué hay causas ilícitas que anulan el negocio. Permaneciendo anclados en los fines abstractos, en cambio, se nos escapa la esencia del problema.

En tal sentido, la causa puede ser definida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio. Ahora bien, la dificultad radica en destacar cuál de los propósitos que se dan en el seno del querer interno de las partes va a poseer aquella cualidad.

Para que tenga relevancia el propósito ha de ser común a las partes del negocio o, por lo menos, si una de ellas lo ha tenido, ha sido reconocido y no

rechazado por la otra, que consiente en la celebración del negocio para alcanzarlo.

Cuando no exista un propósito específico, la causa se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio, o, si se quiere decir de otra manera, la finalidad práctico-social del mismo. Así, en la compraventa será el intercambio de cosa por precio; en el arrendamiento, el intercambio del goce de cosa ajena a cambio de una merced; en la donación, el de enriquecer al donatario, etc. Esas finalidades han sido reconocidas previamente por el Derecho como merecedoras de protección, al tipificarse y regularse los negocios (compraventa, arrendamiento, donación, etc.).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha separado constantemente la causa del contrato de los motivos o móviles que impulsan a las partes a su celebración. Por otra parte, deduce el artículo 1.274 que la causa es el fin que se persigue en cada hipótesis contractual (contraprestación, servicio que se remunera, liberalidad), y afirma que tiene por ello un significado objetivo, aunque más bien creemos que habría de calificarse de abstracto (porque se desvincula de los motivos) y típico (porque es el mismo fin en todos los contratos onerosos o gratuitos). Sin embargo, atendiendo a las corrientes modernas que dan relevancia al propósito empírico o fin práctico perseguido por las partes como integrado en el concepto de causa, reconoce la posibilidad de que los móviles o motivos particulares pueden tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad, viniendo a constituir parte de la misma, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados, o al menos relevantes (Ss. 8 de julio de 1977 y todas las que cita, de 1 de abril de 1982, 11 de julio de 1984, 30 de diciembre de 1985 y 4 de mayo de 1987).

El Tribunal Supremo acoge siempre la concepción más radicalmente subjetiva de la causa, que la equipara a los móviles de las partes, cuando se persigue con el contrato un fin ilícito o inmoral (Ss. de 30 de enero de 1960, 26 de abril de 1962, 1 de abril de 1982 y 11 de diciembre de 1986).

También el Tribunal Supremo ha ensanchado el artículo 1.274, al acoger como causa las obligaciones morales o de conciencia, considerando válidas y eficaces las obligaciones civiles (p. ej., promesa de pagar una pensión) que se contraen para cumplir aquéllas (Ss. de 17 de octubre de 1932, 5 de mayo de 1958 y 13 de noviembre de 1962).

V. LA FORMA DEL CONTRATO Y SUS CLASES

La forma, ante todo, debe considerarse como un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de la voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás. En tal sentido forma es equivalente a medio de exteriorización de la voluntad (palabra, escritura, conducta) y representa, observa IHERING, el tránsito de la intimidad subjetiva (querer interno) a la exteriorización objetiva.

En un sentido más técnico y preciso, el concepto de forma hace referencia a un medio concreto y determinado que el ordenamiento jurídico o la voluntad de los particulares exige para la exteriorización de la voluntad. La eficacia negocial se hace depender entonces de la observancia de ciertas formas, que son las únicas admitidas como modo de expresión de la voluntad. La forma es aquí manera de ser del negocio, según el conocido tópico *forma dat esse rei.*

Es clásica la división entre formalidades *ad substantiam o ad solemnitatem* y *ad probationem.*

Las primeras son aquellas que necesitan una clase de negocios jurídicos para su existencia. La forma en ellos es sustancia, de tal modo que no existen como tales negocios si no aparecen celebrados bajo la forma ordenada legalmente.

La forma *ad probationem* es requerida como prueba del negocio. No condiciona la eficacia negocial sino en un sentido muy limitado, pues se establece para que aquél pueda ser *probado* únicamente a través de la forma prescrita legalmente. Mas el negocio es existente y válido pese a su inobservancia.

Pero la forma puede perseguir también efectos diferentes de los descritos. La ley impone en ocasiones una determinada forma (por ejemplo, escritura pública) para que el negocio produzca efectos frente a terceros, para que sea oponible a ellos. Repercute, pues, de una manera limitada en la eficacia negocial; los terceros no tienen que reconocer la instalación en el mundo jurídico del negocio en cuestión (cfr. arts. 1.230 y 1.865) si no aparece en aquella forma. Otras veces, se exige para la inscripción de los contratos en Registros Públicos, y así conseguir la publicidad y eficacia *erga omnes* (contratos de venta a plazos de bienes muebles sometidos a la Ley de 17 de julio de 1965; contratos transmisivos, modificativos o extintivos de derechos reales sobre inmuebles), o incluso para otorgar preferencias para el cobro frente a los otros acreedores (art. 1.924.3.°A C.c.).

A) LOS ARTÍCULOS 1.278, 1.279 Y 1.280 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro sistema jurídico, siguiendo la tradición histórica que se remonta al Ordenamiento de Alcalá, sigue el sistema espiritualista. Dice en este sentido el artículo 1.278: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.»

Según el artículo 1.279, «si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial *para hacer efectivas* las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez».

Pero a continuación, el artículo 1.280 enumera en seis apartados actos y negocios que «*deberán* constar en documento público», añadiéndose en la se-

gunda edición del Código civil un último párrafo: «También *deberán* hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas».

¿Qué significa la expresión «deberán constar en documento público»? ¿Podrán adquirirse o ejercitarse los derechos y dar lugar al nacimiento de obligaciones, en su caso, si no se ha cumplido el requisito del documento público cuando el artículo 1.280 lo exige?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el artículo 1.280 no modifica, sino que complementa el artículo 1.279. Este precepto se interpone, pues, entre la declaración general del artículo 1.278, que acoge el sistema espiritualista, y el artículo 1.280, que señala excepciones, no con valor imperativo, sino como un requisito a llenar por cualquiera de los contratantes, una vez que el contrato reúna las condiciones de validez, y sin que sirva por tanto para hacer efectivas obligaciones y adquirir derechos. El artículo 1.279 lo que concede a las partes será una *facultad* adicional, además de la de exigirse mutuamente el cumplimiento de lo convenido (Ss. de 6 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1968, 30 de mayo de 1972, entre otras muchas). Con esta reducción del significado legal de la *forma* se sigue el sistema espiritualista hasta el grado máximo.

Por otra parte, pese al tono imperativo del artículo 1.280 («deberán»), no debe interpretarse que todos los casos que enumera son de forma sustancial, ni que los que no lo son de ésta es que son de formas *ad probationem*, en el sentido de que sólo se puedan probar por documento público, pues en nuestro Derecho los actos y contratos, aun necesitados de aquéllas, son susceptibles de ser probados por otros medios (testigos, confesión, etc.). ROCA SASTRE, para los supuestos en los que la forma no es sustancial, dice que el artículo 1.280 tiene la ventaja de proporcionar una *mejor* prueba o, en otras palabras, impone la forma *ad utilitatem*, que proporciona importantes ventajas (protección contra la precipitación de los declarantes; mayor seguridad a la conclusión del negocio; disminución de litigios; medio de publicidad para los terceros; acceso a los Registros, etc.).

A tenor del artículo 1.280 deben constar en documento público los siguientes actos y negocios jurídicos, si bien es de advertir que la enumeración no es exhaustiva, pues otras Leyes pueden requerir la forma para determinado tipo de negocio:

1.° Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Dentro de tales «actos y contratos» exigen la forma sustancial:

a) La hipoteca sobre inmuebles (art. 1.875; *b)* La donación de inmuebles, (art. 633)[4]; *c)* El censo enfitéutico (arts. 1.625 y 1.628); *d)* El derecho de superficie, que, según el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en su reforma de 1959, exige «títulos públicos» para su constitución, además de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por su parte, el derecho de superficie sometido a los preceptos de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su reforma por la Ley de 2 de mayo de 1975, requiere la constitución en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 158.2).

[4] Sin embargo, en la jurisprudencia es hay una cierta vacilación en cuanto al criterio de considerar constitutiva de la donación la escritura pública, como veremos al estudiar la donación.

2.° Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

El arrendamiento perjudica a tercero, en el sentido de que el adquirente de la cosa arrendada ha de soportarlo (en contraste con lo que dispone el artículo 1.571 del Código civil), si se inscribe en el Registro de Propiedad. Dado que, junto a aquellos arrendamientos, se consideran susceptibles de inscripción tales contratos cuando se anticipen rentas de tres o más años, o en los que hubiera convenio expreso de las partes para su inscripción, también estos últimos tendrán que constar en escritura pública si se desea su eficacia real *mediante la inscripción registral* (art. 2.°-5 L.H.). La forma no es sustancial, sino requisito de oponibilidad.

Tratándose de arrendamientos urbanos y rústicos regulados por su legislación específica y no por el Código civil, no es necesaria la inscripción registral para que puedan ser opuestos al sucesor (por cualquier título) del arrendador.

3.° Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (art. 1.315). A la observancia de la forma en escritura pública subordina el artículo 1.327 su validez.

4.° La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o los de la sociedad conyugal. Para la repudiación de la herencia el artículo 1.008 hace constitutiva la forma, al decir que «la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato» (S. de 17 de marzo de 1917).

5.° El poder para contraer matrimonio; el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

El artículo 1.280 incluye aquí la forma en que debe constar un poder, aunque el apoderamiento es sustancialmente un negocio jurídico unilateral, nunca un contrato entre el poderdante y el apoderado.

La exigencia de forma para los poderes en la contratación no la convierte en forma sustancial, sino que está sometida al régimen general del artículo 1.279. El que contrata con el apoderado con poder defectuoso formalmente podrá exigir al poderdante su constatación en escritura pública, lo mismo que el propio representante si, en otro caso, se derivase alguna responsabilidad para él.

6.° La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

A continuación de la enumeración que hace el artículo 1.280, existe un úl-

timo párrafo del siguiente tenor: «También deberán constar por escrito, aunque sea privado, *los demás contratos* (por tanto, han de ser distintos de todos los mencionados anteriormente) en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas». Este párrafo procede de la segunda edición del Código civil, y pese a su redacción imperativa, la jurisprudencia ha declarado que nada obsta a la validez del contrato si no se cumple, en otras palabras, que debe ser entendido con arreglo al artículo 1.279 (Ss. de 11 de mayo de 1903 y 30 de abril de 1955).

B) La obligación de documentar el contrato

El artículo 1.279 otorga a cada una de las partes, según sabemos, una facultad: la de exigir a la otra el otorgamiento de la forma.

Esta facultad puede ejercitarse mientras subsista el contrato porque todavía no se haya consumado. Después, puede entenderse aplicable el plazo general de quince años de las acciones personales del artículo 1.964 (*Vid.* las sentencias de 9 de mayo de 1970 y 14 de febrero de 1986).

¿Constituye la obligación de otorgamiento, cuando la otra parte lo exija, una obligación principal cuyo incumplimiento legitima para pedir la resolución del contrato creador de obligaciones recíprocas con arreglo al artículo 1.124? La sentencia de 30 de noviembre de 1974 dice que sí. Con mejores argumentos la de 16 de enero de 1975 mantiene que no es una obligación principal cuyo incumplimiento posibilita la resolución, sino accesoria, y la de 1 de septiembre de 1988 niega al comprador la facultad de suspender el pago del precio mientras el vendedor no la otorgue, salvo que se haya condicionado aquel pago a esta última eventualidad.

Ante el ejercicio de esa facultad, la contraparte tiene la obligación de ejecutar una prestación de hacer (v. gr., otorgar con la otra la escritura pública de venta). Tal prestación no es de carácter personalísimo e infungible, de manera que la persona del deudor puede ser sustituida perfectamente en caso de incumplimiento, porque el contrato ha de ser, por exigencias del artículo 1.279, perfecto antes de su documentación. De ahí que se admita jurisprudencialmente la sustitución del obligado por el juez cuando se niega a cumplir la sentencia que le condena al otorgamiento. El juez, con su actividad, no completa ningún requisito esencial del contrato.

La facultad de que hablamos tiene su origen en la ley, pero las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden condicionarla al cumplimiento de determinadas prestaciones (v. gr., se pacta que hasta el último pago del precio aplazado el vendedor no estará obligado al otorgamiento de la escritura pública). En estos casos, no satisfechas aquéllas, no puede exigirse el otorgamiento.

C) Pactos sobre la forma

Las partes pueden convenir sobre la forma que ha de adoptar un contrato entre ellas al amparo del artículo 1.255 C.c. y artículo 51, p. 2.°, C. de c.

Esos pactos deben incluirse en el marco del artículo 1.255, y por principio se han de estimar nulos todos los que se opongan a que el negocio no tenga una forma sustancial cuando ésta es exigida por la ley. Igualmente son nulos los pactos por los que se regula la prueba de un contrato (v. gr., se pacta que un contrato no pueda ser probado más que por escrito). Las normas sobre la prueba son imperativas, sustraídas al juego de la autonomía de la voluntad.

BETTI plantea el problema en sus justos términos: los interesados pueden convenir que se introduzcan requisitos de forma en un contrato para el que la ley no señale forma alguna (ni sustancial ni la génerica del art. 1.280), o bien reforzar los requisitos de forma que la ley establece (así, por ejemplo, elevar al rango de forma sustancial la que la ley no considera como tal).

Si las partes se han limitado a estipular una determinada forma para el contrato sin aclarar nada sobre su carácter sustancial o no, estimamos que es su intención no considerarse ligadas hasta que no se llene, salvo que se pruebe (p. ej., han empezado a cumplirse las obligaciones derivadas de la relación jurídica contraída) que su intención no fue la de conceder carácter constitutivo.

D) Relación entre el contrato anterior y el posterior documentado

¿En qué relación se encuentran el contrato documentado y el que previamente existía entre las partes? ¿Hay un corte total en el sentido de que aquél borra y suple a éste? Cuando la ley o la voluntad de las partes exija una determinada forma como constitutiva, el contrato nace cuando las voluntades se expresan a través de ella, hay un *nuevo* negocio aunque con anterioridad existiese un convenio (p. ej., donación de inmueble en documento privado y no en escritura pública). En cambio, si la forma requerida (por la ley o por la voluntad de las partes) no es constitutiva, la solución es distinta.

Obsérvese que el artículo 1.279 lo que otorga a las partes es una facultad para exigir el «llenar la forma» *desde* que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios, para la *validez* del contrato, es decir, desde que es perfecto y productor de consecuencias, luego la posterior escritura pública, por ejemplo, no sería más que reproducción del original, no un nuevo contrato. Pero en caso de discordancia entre ambos, si es intencionada, habrá que estimar que las partes han hecho una nueva regulación vinculante de sus intereses que extingue la anterior. Esta intención habrá de presumirse, pues lo normal es que las propias partes aclaren el alcance de la discordancia, si no quieren mantenerla, por ejemplo, recogiendo en documento complementario algunos pactos que estaban en el anterior a la escritura pública y no en ésta. Desde luego, la impugnación del nuevo documento por error será difícil que

prospere, pues pudo ser desvanecido con una elemental diligencia (cotejo entre ambos documentos; acudir a asesoramientos)[5].

Por supuesto, en cualquier caso los acuerdos de las partes anteriores a la documentación obligada del contrato pueden servir como elemento interpretativo de las dudas o de las oscuridades (art. 1.282).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Sobre la capacidad: TORRALBA SORIANO: *La capacidad contractual,* en el Libro Homenaje a Beltrán de Heredia, Salamanca, 1984; *La incapacidad natural,* en Homenaje a Martín Ballestero, Zaragoza, 1983.

Sobre el objeto: ALEGRE GONZÁLEZ: *La extracomercialidad y sus consecuencias,* R. D. P., 1971, p. 139; DE CASTRO Y BRAVO: *Temas de Derecho civil,* Madrid, 1972, p. 114; *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática,* A.D.C., 1976, p. 1.141; DÍEZ-PICAZO: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos,* 1957; ROGEL VIDE: *La compraventa de cosa futura,* 1975; SOTO-NIETO: *El autocontrato o contrato consigo mismo,* en su libro *Derecho vivo,* II, Madrid, 1971, p. 327.

Sobre la causa: CAPITANT: *De la causa de las obligaciones,* trad. esp., Madrid, s.f.; DABIN: *Teoría de la causa,* trad. esp., Madrid, 1929; DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico,* Madrid, 1967, p. 163; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Meditaciones sobre la causa,* R. C. D. I., 1978, p. 637; DE LOS MOZOS: *La causa en el negocio jurídico,* R. D. N., 1961 (julio-diciembre), p. 274; *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda,* A. D. C., 1966, p. 369; *Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico,* R. D. P., 1970, p. 739; DÍEZ-PICAZO: *El concepto de causa en el negocio jurídico,* A. D. C., 1963, p. 3; D'ORS: *Sobre la causa de los actos jurídicos,* A. D. C., 1956, p. 578; ESPÍN CÁNOVAS: *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado,* Anales de la Universidad de Murcia, 1954; GETE-ALONSO: *Estructura y función del tipo contractual,* 1979; GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico,* Madrid, 1969, p. 55; LALAGUNA DOMÍNGUEZ: *Sobre la causa en los contratos,* La Ley, núm. 2.133 (30 de diciembre de 1988); LÓPEZ VILLAS: *Los llamados negocios jurídicos abstractos,* R. D. O., 1965, p. 487; *Estudio sobre el reconocimiento de deuda,* R. D. O., 1965, p. 845; MERLICH ORSINI: *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones,* A. D. C., 1984, p. 3; SANCHO REBULLIDA: *Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil,* R. G. L. J., 1971, p. 663; STORCH DE GRACIA: *Acerca de la «causa impulsiva» en la formación y cumplimiento de los contratos,* La Ley, 1986, p. 702; ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA: *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español,* 1977.

Sobre la forma: FURNO: *Negocio de fijación y confesión extrajudicial,* trad. esp., Madrid, 1957; GENOVESE: *Ripetizione notariale di contratto già concluso,* R. T. D. P. C., 1949, p. 725; *Le forme voluntarie nella teoria del contratti,* 1949; GONZÁLEZ PALOMINO: *Negocio jurídico y documento,* Valencia, 1951; NÚÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial,* A. A. M. N., t. I, p. 379; *Contenido sustantivo de la escritura pública,* R. D. N., 1964 (enero-marzo), p. 7.

[5] Las sentencias de 28 de octubre de 1944 y de 3 de noviembre de 1982 expresan la absoluta preferencia por la escritura pública posterior en el caso de discordancia entre ésta y un acuerdo anterior. Más ponderadas son las de 22 de enero de 1970, 25 de marzo de 1981 y 14 de mayo de 1987, que examinan ambos instrumentos, y al no ver diferencias antagónicas o incompatibles mantienen la coexistencia.

3. VICIOS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

I. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Si el consentimiento es la raíz de todo contrato, debe de haberse formado rectamente, no de un modo defectuoso, y será vicio del mismo todo lo que haya impedido alcanzar ese resultado.

Sin embargo, este postulado debe matizarse porque el artículo 1.265 del Código civil dice que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», de lo que se deduce que existe una enumeración taxativa de causas que permiten la impugnación del contrato por vicios del consentimiento contractual. También, y en esta misma línea, debe destacarse desde ahora que la admisión de aquellas causas se hace en la jurisprudencia con grandes cautelas y con un sentido excepcional muy acusado.

II. EL ERROR

El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera. Este es el llamado tradicionalmente error-vicio o error propio.

A) PRESUPUESTOS PARA SU RELEVANCIA

La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el error tenga eficacia invalidante del negocio, si bien hay que advertir que se refieren al negocio patrimonial *inter vivos* por excelencia que es el contrato. Si se debe proteger al que yerra, no puede perderse de vista la protección que merece la contraparte, que ha confiado en una declaración de voluntad, y la seguridad del tráfico jurídico.

El error relevante debe incidir en un elemento del negocio que sea básico o esencial. Nuestra jurisprudencia se inclina por una concepción subjetiva para la valoración de la esencialidad, como veremos.

El error no ha de ser imputable al que lo padece. No merece protección jurídica, concretada en la anulación del negocio, si el que lo sufre ha podido evitarlo empleando una diligencia normal. Por tanto, el error relevante es el error excusable, pese al silencio del Código civil (Ss. de 14 de junio de 1943 y 27 de mayo de 1982, entre otras). Pero un error inexcusable debe poseer tras-

cendencia anulatoria del negocio cuando, dadas sus circunstancias, fue reconocido o pudo serlo por la otra parte empleando una diligencia normal. Lo contrario llevaría a la solución inicua de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro [1].

Por influencia del Código civil italiano de 1942 (art. 1.428), se intenta abrir paso una corriente doctrinal que exige como requisito del error la recognoscibilidad, es decir, que la parte que no lo ha sufrido, y contra la que se demanda la nulidad del contrato, pueda haberlo conocido. Parece excesivo, sin embargo, acumular este requisito al de la excusabilidad con carácter general, que dejaría reducido hasta límites inverosímiles el juego del error. Otra cosa es la sustitución de la excusabilidad por la recognoscibilidad como en el modelo italiano.

En esta línea restrictiva de la eficacia del error, hay autores (MORALES MORENO) que se fijan en el artículo 1.302 del Código civil, cuando niega acción de nulidad a los que *produjeron el error*, para llegar a la conclusión de que el error relevante es el producido por una de las partes contratantes en la otra que lo sufre. Es discutible esta opinión, basada en expresiones de un Código como el nuestro de muy poco tecnicismo. Puede pensarse que el legislador alude a la parte a la que es imputable el error, que en su concepción voluntarista del contrato se *produce* siempre en el proceso formativo del querer del que yerra.

Por último, hay que destacar que la jurisprudencia es muy restrictiva en la apreciación del error, y obliga a probarlo cumplidamente a quien lo invoca.

B) ERRORES INVALIDANTES Y NO INVALIDANTES

El artículo 1.266 especifica los siguientes errores que invalidan el contrato:

a) *El error sobre la sustancia o cualidades.*—Según el párrafo 1.°, «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».

Por sustancia de la cosa se ha entendido en algún sector de la doctrina que es la cualidad principal que la individualiza, o bien que sustancia es igual a materia de la que se compone. El Código civil abre más la fórmula, para abarcar cualesquiera cualidades (que llama «condiciones) que llevaron a contratar. Así, por ejemplo, si un solar es edificable o no lo es.

[1] Generalmente, en los litigios en los que una de las partes alega el error frente a la otra, ésta suele imputar al demandante negligencia por no informarse adecuadamente antes de contratar. La jurisprudencia dice entonces que «si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar» (S. de 4 de enero de 1982), y que ante la información de los vendedores el comprador no ha de confirmarla, pues no es obligada la duda de la buena fe de aquel con quien se contrata (S. de 20 enero de 1966).

Ha de existir, por tanto, una apreciación de determinada o determinadas cualidades de tal relieve que, estimándolas en el objeto del contrato, impulse a la voluntad a contratar. La jurisprudencia se inclina por una concepción subjetiva en esa apreciación, es decir, han de ser cualidades tenidas en cuenta por *los contratantes* las que los hayan motivado (Ss. de 25 de noviembre de 1932, 14 de julio de 1943, 30 de septiembre de 1963 y 8 de junio de 1968) [2], para lo cual deberá investigarse el fin que se propusieron alcanzar (Ss. de 14 de julio de 1943, 14 de marzo de 1968 y 4 de enero de 1982).

b) *El error sobre la persona.*—De acuerdo con el párrafo 2.° del artículo 1.266, «el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido causa principal del mismo». A este error se le da un carácter excepcional («*sólo* invalidará...») que se quiere destacar, y, al igual que en el párrafo anterior, de nuevo se vuelve a insistir en que la consideración a la persona ha determinado a la celebración del contrato.

En este error ha de incluirse tanto el que recae sobre la identidad de la persona como sobre sus cualidades (p. ej., celebramos un contrato de obra o de arrendamiento de servicios con una persona a quien creemos en posesión de determinadas condiciones que satisfacen nuestros intereses).

Hasta aquí los errores invalidantes que toma en cuenta de forma expresa el artículo 1.266. Se dejan fuera:

c) *El error de cálculo.*—Según el párrafo último del artículo 1.266, «el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección». Se circunscribe así al materialmente padecido al efectuar cualquier operación matemática (S. de 18 de diciembre de 1965), por lo que quedan fuera de él la inclusión o exclusión, total o parcial, de determinadas partidas o conceptos en una facturación o liquidación (S. de 14 de junio de 1943).

d) *El error sobre los motivos.*—Los móviles internos, subjetivos, que llevan a las partes a contratar no son nunca tomados en cuenta en aras de la seguridad del tráfico (Ss. de 21 de junio de 1978, 12 de febrero de 1979 y 27 de mayo de 1982). Sólo se tienen en consideración los motivos incorporados a la causa del negocio (p. ej., en la sentencia de 21 de junio de 1978, el comprador de una casa aducía para anular el negocio por error que la había adquirido para una determinada utilización comercial, lo que no fue posible. Se rechaza el recurso, entre otras razones, porque no había prueba de que la compró para ese fin) [3].

[2] Una excepción importante la constituye la sentencia de 4 de enero de 1982. Dice que si la Sala 1.ª T.S. ha apreciado reiteradamente el criterio subjetivo «no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión en el tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración».

[3] La sentencia de 9 de abril de 1980 llega a exigir que salgan de su esfera interna las razones particulares de los contratantes para integrarse en la causa e incorporse a la declaración de voluntad contractual.

e) *El error sobre el valor.*—Es un error que no es acogido, dado los principios de economía liberal en que se inspira el Código civil, salvo que haya sido provocado por la otra parte (p. ej., con datos contables inexactos se hace creer que unas acciones sociales tienen un determinado valor) [4]. Pero esto entra ya en el terreno del dolo.

f) *El error sobre la cantidad, peso o extensión.*—Estos son errores fácilmente evitables por el que después de contratar los alega, si antes se hubiese preocupado de la exactitud de estos datos. No obstante, cuando puedan suponer la pérdida de una cualidad que se atribuye a la cosa, quizás deban tratarse por la vía del párrafo 1.° del artículo 1.266. Así, por ejemplo, un solar de X metros es edificable según las ordenanzas municipales; pero el que se compra no los tiene en la realidad, y por tanto no es edificable.

g) *El error en el negocio.*—Así, por ejemplo, si una de las partes quiere vender la cosa y la otra la acepta creyendo que se le presta. Propiamente aquí no hay sino un disenso. El consentimiento de ambos se ha encontrado sobre causas distintas (venta y préstamo), no existe una misma razón de obligarse (art. 1.262).

h) *El error sobre la existencia del objeto.*—La venta de una cosa, por ejemplo, que el vendedor creía existente cuando en realidad se ha destruido. Falta el requisito esencial del objeto, exigido por el artículo 1.261.

C) Error obstativo

Es el error que recae en la declaración de voluntad. No ha tenido ésta ningún obstáculo para formarse libremente, pero al expresarse al exterior se da el error, la divergencia no deseada entre lo declarado y querido [5]. Hay también un error en el que la recibe, pues cree que corresponde a la verdadera voluntad del que emitió la declaración.

Este error puede afectar a la existencia misma de la declaración de voluntad (el caso típico del que en una subasta hace un gesto que se interpreta como que puja en ella).

[4] Vid. S de 27 de octubre de 1980.

[5] Este error, radicante en la transmisión de la voluntad interna, en su expresión, acontece por varias causas. Una de ellas es el empleo de palabras cuya significación usual no traduce nuestro querer, lo que ocurre al utilizar una lengua extranjera con la que no se está familiarizado o conceptos jurídicos inexactos. Otra es la identificación por señales erróneas del objeto del negocio (por ejemplo, compro la casa número 25 de la calle X, que es la que deseo comprar, pero el citado número corresponde a otra).

También entran en el error obstativo los supuestos en los que, como dice el parágrafo 119 de B.G.B., el declarante no ha querido emitir una declaración de voluntad de un contenido determinado. En el caso del *lapsus linguae* o *calami;* en vez de decir o escribir *arrendar,* que es lo que se quiere, se dice o escribe *vender;* en lugar de entregar un objeto se hace la entrega de otros distraidamente; entre los varios documentos a la firma se estampa en uno que no se quería firmar hasta su rectificación posterior.

No existe un tratamiento específico en nuestro Código civil del problema, al contrario que en otras legislaciones (alemana, italiana, portuguesa), que aplican el mismo del error propio o error-vicio, y que sigue parte de nuestra doctrina. Otros autores (De Castro, Morales Moreno) afirman que si el error en la declaración da lugar a un disenso sobre los elementos esenciales del contrato (objeto y causa), éste no existirá por falta de consentimiento (art. 1.262).

Nuestra jurisprudencia da valor a la voluntad declarada, aunque discrepe de la interna, si esa discrepancia es maliciosa o pudo haberse evitado con el empleo de una mayor diligencia, *siempre que haya buena fe en la otra parte* (Ss. de 23 de mayo de 1935 y 24 de junio de 1969). De la concurrencia de esta circunstancia derivan las siguientes consecuencias (Morales Moreno): 1.ª No hay protección a la confianza suscitada por la declaración, si el que la recibe pudo reconocer el error; 2.ª Tampoco hay protección cuando la declaración de voluntad emitida con error ha dado lugar a un contrato claramente lesivo para la parte que ha padecido el error.

D) Error de hecho y error de derecho

El error de hecho recae sobre circunstancias de hecho del negocio. Así, v. gr., el error sobre cualidades que se atribuyen al objeto de un contrato o a la persona del otro contratante. En cambio, el error de Derecho radica en la ignorancia o falso conocimiento de la norma o regla jurídica en cuanto a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a llevar a cabo el negocio como consecuencia de aquella ignorancia o falso conocimiento. El artículo 6.°.1 del Título Preliminar dice sobre este último error que «producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen», con lo que apunta a su excepcionalidad, a su admisión restringida dentro de la ya de por sí estrecha admisión de la figura del error.

Con estas notas admite la jurisprudencia el error de Derecho como causa invalidante (S. de 27 de mayo de 1982 y las que cita).

III. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACION

El artículo 1.267 regula conjuntamente estos dos vicios de la voluntad. La violencia se caracteriza por el empleo de la fuerza, y la intimidación por la existencia de un miedo o temor nacido de una amenaza. Pero como observa De Castro, no tendrá interés práctico distinguir violencia e intimidación cuando aquélla origine un temor jurídicamente relevante; importará en los supuestos de falta de libertad, pero en los que no se aprecien los requisitos exigidos para la intimidación.

Hay *violencia,* dice el párrafo 1.° del artículo 1.267 «cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible». La violencia vicia el con-

sentimiento lo mismo si su autor es una de las partes del contrato como si ha sido un tercero sin participación alguna en él (art. 1.268). Es claro que en este último caso el que la haya sufrido, con independencia de su legitimación para anular el contrato, podrá ejercitar contra ese tercero una acción para la reparación de los perjuicios materiales o morales causados por el hecho violento (art. 1902).

La coacción, que constituye la médula del supuesto, puede ser absoluta, en otras palabras, la fuerza bruta y material que excluye por completo la voluntad y la sustituye convirtiendo al declarante en un mero autómata (una persona firma un documento porque otra le ha sujetado y le ha llevado la mano), o puede ser una coacción psíquica cuando la fuerza, sin sustituir la voluntad, contribuye a que ésta no se manifiesta libremente (se acepta un contrato después de una paliza).

Es sumamente dudoso que en el primer caso estemos ante un vicio de la voluntad y no ante una pura inexistencia de la misma. Con razón dice DE CASTRO que lo irresistible se refiere al hecho de encontrarse el contratante en una situación de fuerza frente a la que no cabe resistencia, en la que, dadas las circunstancias, no se ha dado la posibilidad de una oposición eficaz.

A tenor del párrafo 2.° del artículo 1.267, «hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Por tanto, los ingredientes constitutivos de la intimidación son, por una parte, la amenaza y, por otra, la creación de un estado de temor producto de tal amenaza.

La amenaza supone el anuncio de un mal «inminente y grave». La inminencia requiere un juicio sobre la mayor o menor proximidad del mal que se espera y sobre la mayor o menor posibilidad de evitarlo. La gravedad debe medirse en relación con la idoneidad del mal para influir en el ánimo del sujeto. Además, como ha dicho la jurisprudencia, la amenaza debe ser determinante de la declaración de voluntad, debe existir un enlace causal entre ella y el consentimiento emitido. La inminencia y gravedad exigen igualmente una certidumbre del mal con que se amenaza. No hay verdadera amenaza si se trata de un peligro incierto, remoto o inconcreto.

La amenaza debe ser hecha contra derecho, es decir, el mal con el que se amenaza no debe provenir del ejercicio de un derecho en forma correcta y no abusiva (Ss. de 16 de diciembre de 1915 y 21 de junio de 1943, entre otras). Pero la amenaza será injusta si con ella se trata de conseguir más de lo que el propio derecho concede o se logra una ventaja indebida (acreedor legítimo que amenaza con procedimientos a su deudor si no le paga más de lo estipulado, o le vende determinada finca) (S. de 18 de febrero de 1944). Salvo supuestos excepcionales, no podrá constituir un mal significativo de amenaza el anuncio del ejercicio de un derecho (S. de 6 de diciembre de 1985).

El segundo ingrediente de la intimidación es una situación de temor creado en el sujeto pasivo. Nuestro Código civil requiere que sea «racional y fundado», con lo que parece que da una medida objetiva del temor. Sin embargo, el párrafo 3.° del artículo 1.267 obliga al juzgador para apreciar la intimidación, su efecto mejor dicho, a atender «a la edad, al sexo y a la condición de la persona».

Según nuestro Código civil, para que la intimidación pueda ser considerada como un vicio del consentimiento ha de fundarse en la amenaza de un mal que se dirija contra la persona del otro contratante o sus bienes, o la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Esta limitación es injusta: piénsese en que se amenazase de muerte a un hermano o a un amigo íntimo. Con toda justicia dice el Código civil italiano de 1942 que si el mal con que se amenaza se refiere a otras personas, la anulación del contrato queda a la prudente valoración del juez (art. 1.436).

El párrafo 4.° y final del artículo 1.267 se refiere al llamado «temor reverencial», preceptuando que «el temor de desagradar a quienes se debe sumisión y respeto anulará el contrato». No obstante, habrá intimidación si esas personas son las que inspiran el temor racional y fundado de un mal grave e inminente.

IV. El DOLO: REQUISITOS Y CLASES

Otro de los vicios del consentimiento invalidantes del contrato es el dolo.

Dice el artículo 1.269 que «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Por tanto, la esencia de dolo *in contrahendo* radica en la insidia productora de un engaño, causada por la conducta de una de las partes del contrato[6]. Se excluye el dolo del tercero.

COSSÍO se plantea el problema de la participación de un tercero en las maniobras dolosas del contratante, o la intervención de éste en las de aquél, y dice que existirá siempre un dolo imputable al contratante, y, además, una acción contra el tercero basada en el artículo 1.902. Si el contratante tenía conocimiento de las maniobras del tercero, aunque no haya participado en las mismas, afirma COSSÍO que responderá por dolo omisivo, pues es una reticencia que la buena fe condena: el aprovecharse de la ignorancia o el engaño de otro.

Al hablar el Código civil de «palabras o maquinaciones insidiosas» parece que describe un comportamiento positivo y rechaza el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro

[6] En el amplio concepto del artículo 1.269 cabe toda suerte de astucias para conseguir un resultado falaz, por lo que, aun no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura punible de la estafa, por fuerza ha de darse entre una y otra «sustancial conformidad» (S. de 3 de febrero de 1981 y las que cita).

de hechos o circunstancias que, conocidas por él o debiendo de serle conocidas, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Este dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar. (S. de 1 de diciembre de 1986).

El daño no es requisito del dolo. Claramente expresa el artículo 1.300 que puede producirse la anulación de un contrato aunque no haya lesión para los contratantes. Puede ser, eso sí, un índice de su existencia la ventaja conseguida por la parte que lo utilizó.

Según el artículo 1.270, «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

El dolo grave se ha entendido tradicionalmente como el que da causa al contrato, el que sin él no se hubiese celebrado (POTHIER, GARCÍA GOYENA), y el dolo incidental como el que recae sobre circunstancias de orden secundario o elementos que no han sido determinantes del contrato, lo que es un problema de interpretación de la voluntad de las partes. En realidad, como dicen WEILL-TERRÉ, es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, y la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El llamado dolo incidental es también determinante ya que, sin él, el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones.

Pero no toda conducta positiva u omisiva dolosa tiene trascendencia jurídica, pues desde los romanos se conoce la categoría del *dolus bonus,* que es el margen de maniobras dirigidas a conseguir que se contrate tolerado por la conciencia social y por los usos, seguramente porque se trata de «valores entendidos», es decir, que cualquier persona por poca formación que posea puede fácilmente reconocer aquellas maniobras. Ese *dolus bonus* tiene un campo de aplicación específico en la propaganda.

El dolo recíproco es el ejercitado por las partes contratantes. Carece de toda trascendencia, pues la buena fe debe ser exigida a ambos contratantes.

V. LA RESERVA MENTAL Y LA DECLARACION DE VOLUNTAD SIN SERIEDAD COMO VICIOS DE LA DECLARACION

En el epígrafe correspondiente de este capítulo dedicado al error quedó expuesta la doctrina del error obstativo junto a la del error-vicio o error propio, por razones de sistemática y mejor compresión. Decíamos que en el error obstativo la voluntad contractual se había formado libremente, pero que en el proceso de su transmisión al exterior se había producido la divergencia entre lo querido y lo declarado o actuado. Pero junto a este vicio de la declaración cabe agrupar:

a) *La reserva mental.* Supone una divergencia consciente entre el querer interno del sujeto y la manifestación de ese querer. El declarante emite una voluntad que en su interior no quiere, o bien con unos efectos restringidos de los propios de la misma. En otras palabras, su voluntad real es restringir o anular la eficacia de lo declarado.

Con arreglo al principio de la protección de la confianza y de la buena fe, esta reserva mental es inoperante frente a la contraparte del contrato, aunque si conoce la reserva la declaración debe estimarse nula, es decir, no podrá pretender que su aceptación a una oferta de contrato, por ejemplo, valga aun conociendo que no quería vincularse su autor a los términos de la misma. Una solución correcta da el Código civil de Portugal de 1966 (art. 244), preceptuando que entonces la reserva tiene los efectos de una simulación.

b) *La declaración de voluntad falta de seriedad.* Es también un caso de divergencia consciente entre la voluntad y la declaración. El declarante emite voluntariamente su declaración, pero lo hace sin una seria voluntad de obligarse y sobre la base de que esta falta de seriedad será advertida o reconocida por el destinatario de la declaración. Se habla también en este caso de declaraciones «iocandi causa» o por broma. Por ejemplo: propongo a un amigo mío venderle una finca en un precio muy bajo el día de los Santos Inocentes.

Esta declaración de voluntad está privada de todo efecto. Cabe no obstante considerar que su falta de seriedad no sea reconocida por el destinatario, no hay circunstancias concurrentes que hagan advertir su carácter. Un sector de la doctrina opina que también entonces no habrá una declaración de voluntad negocial, pero su autor está obligado a responder de los daños causados a la contraparte que ha podido confiar lícitamente en su existencia, daños que se traducen en el abono del «interés negativo», es decir, en los perjuicios que le ha supuesto esa fundada creencia en que iba a contratar. No se indemnizan como si se tratase de un contrato que no se ha cumplido. Otro sector de autores, minoritario, entiende que la declaración es válida a todos los efectos.

VI. LOS VICIOS DE LA CAUSA

Los vicios que pueden afectar a la causa son:

a) *Inexistencia.*—Un negocio sin causa es radicalmente nulo o inexistente (si se admite esta categoría de la ineficacia negocial: art. 1.275). Si A y B conciertan la compraventa de una casa y B dice que con anterioridad ha recibido el precio no siendo así, el negocio carece de causa: no hay intercambio de cosas por precio, no se da la finalidad típica de la compraventa.

b) *Falsedad: El artículo 1.301.*—La expresión de una causa falsa dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaba fundada en otra verdadera y lícita (art. 1.276). En el ejemplo anterior la causa es falsa, no valdrá como tal. Pero si han querido A y B hacer y recibir como donación la casa, es evidente que la causa falsa ocultaba otra verdadera y lícita (ánimo de liberalidad). Otra co-

sa es que valga tal negocio como donación, para lo cual deberá observar las reglas de capacidad y forma.

Además de la falsa causa que origina la nulidad absoluta del negocio, el Código civil menciona otra «causa falsa» que, por el contrario, no lo hace nulo radicalmente sino meramente anulable. No dejará de producir todos los efectos derivados de su naturaleza y tipo hasta que se ejercite la acción de nulidad en el plazo de cuatro años desde su consumación (art. 1.301). ¿Qué significa aquí esta causa falsa?.

La respuesta pudiera hallarse en la doctrina del error, es decir, la causa falsa que tratamos sería un error en el consentimiento GARCÍA GOYENA, comentando la causa falsa del Proyecto de 1.851 (arts. 998 y 999) de donde la toma el Código civil, pone como ejemplo la donación que se hace a una persona por determinados servicios que el donante cree haber recibido de ella, y aparece después que fue otro quien los efectuó. También el del que vende una casa, creyéndola existente. Explica el ilustre jurista así el sentido de *falsa*: «porque en tal caso no hay verdadera causa, hay un *error* sobre el que únicamente se fundó el consentimiento». Pero no parece que tenga mucho sentido que en tal caso la venta de la casa inexistente se purifique si no se ejercita la acción de nulidad. Por otra parte, no deja de ser inútil acuñar un término técnico como el de la falsedad de la causa para aludir a otro conocido, como es el del error [7].

MORALES MORENO enfoca el problema desde otro punto de vista, aunque dentro del error. Explica que GARCÍA GOYENA introduce la falsedad de la causa para acoger determinados supuestos que no entraban en la concepción estrecha del error del artículo 989 del Proyecto de 1851, en el que, siguiendo al Código francés, únicamente se tenía en cuenta el que recaía sobre la sustancia de la cosa. GOYENA excluía que tuviera encaje en él el error en ciertos motivos básicos de los que de su certeza hayan querido hacer depender su obligación los contratantes. A juicio de MORALES MORENO, con la causa falsa del artículo 1.185 del Proyecto, que según él no tiene nada que ver con las de los

[7] Esta confusión se arrastra desde el antiguo Derecho francés, que pasa al Código Napoleón (art. 1.131), modelo principal del Proyecto de 1851. DOMAT decía: «Si el error de hecho es tal, que resulta evidente que quien lo cometió consintió precisamente por haber ignorado su realidad, y de manera que el contrato no tiene otro fundamento sino un hecho contrario a esta verdad que le era desconocida, tal error bastará para anular el contrato...; porque no sólo carece de causa la convención sino que tiene por fundamento una que es falsa». Efectivamente, un error sobre la sustancia o cualidades principales de la cosa o sobre la persona del otro contratante implica un error sobre el fin propuesto al contratar, un error sobre la causa. Si quiero comprar un cuadro de Murillo y por error se me da una copia, no hay duda que el fin que me proponía no se alcanzará, lo mismo que si me propongo con una donación gratificar a una persona que creo me salvó la vida y no fue ella quien lo hizo.

En otro orden de ideas, el artículo 1.301 es un precepto muy llamativo para la doctrina de la causa en el Código civil. Lejos de la concepción «aséptica» que inspira el artículo 1.274, ahora el fin concreto que se quiere alcanzar con el negocio es su causa.

artículos 989 y 999, se daba trascendencia anulatoria a la falta de certeza de los motivos. Esta interpretación se puede sostener hoy a la vista del artículo 1.301, aunque advierte el autor citado que la causa falsa «exige un pacto especial de incorporación (de los motivos)».

c) *Ilicitud.*—El artículo 1.276 sanciona con la nulidad absoluta el negocio que se fundamenta en una causa ilícita, aclarando que es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Son los mismos límites de la autonomía de la voluntad los que se aplican también aquí (art. 1.255).

La causa se opone a la ley tanto si el negocio se celebra contra lo dispuesto en ella (bien directamente, bien mediante un «rodeo» que configure un fraude al espíritu de la ley), o cuando vulnera principios inspiradores del orden jurídico y de la vida comunitaria.

La ilicitud en la causa requiere la lesión de un interés general de orden jurídico o moral (S. de 4 de octubre de 1984 y las que cita).

VII. LA ABSTRACCION DE LA CAUSA

La abstracción de la causa en los contratos se permite en nuestro ordenamiento jurídico civil, sin que ello signifique ni ausencia de causa ni la admisión de los contratos puramente abstractos.

Negocio jurídico abstracto es el que produce sus efectos jurídicos desvinculados de la causa. Se quiere decir con ello que se prescinde de la causa para su operatividad; de ahí el calificativo de «abstracto». Por tanto, no es que existan negocios jurídicos que no tengan causa, porque todos se hacen por y para algo.

En el negocio jurídico abstracto se pretende que las vicisitudes de la causa no afecten a la situación jurídica por él creada. La causa podrá no existir por ser absolutamente simulada, pero no por eso dejan de originarse los efectos negociales. Si A y B acuerdan transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la casa de A, el negocio abstracto dará valor a ese consentimiento, prescindiendo de que la transmisión obedezca a que B haya comprado la misma, A quiera donársela o dársela en pago de una deuda. La transmisión del dominio se opera por aquel negocio transmisivo y si el título (venta, donación, dación en pago) tiene alguna anomalía (es simulado, el consentimiento se prestó viciado por error o dolo, etc.), el efecto traslativo de la propiedad se produce de todas maneras. B será siempre propietario, y A sólo es titular de una acción personal de enriquecimiento injusto contra B, nunca de una acción real o reivindicatoria porque ha perdido la propiedad.

La doctrina del negocio abstracto hay que examinarla en nuestro Código civil en relación con el artículo 1.277. Según el artículo 1.277, «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». Nuestro Código civil presume la existencia de la causa y su licitud, aunque no se exprese en el negocio, recayendo la carga

de la prueba en contrario sobre el deudor que niegue la verdad de aquella presunción. En consecuencia, no es admisible la doctrina del negocio abstracto en los términos expuestos en párrafos precedentes. (Ss. de 29 de enero y 28 de marzo de 1983).

El artículo 1.277 sienta una presunción general de causa en todos los negocios jurídicos. Despliegan su eficacia porque este elemento esencial existe siempre para el legislador, se exprese o no se exprese. Por ello, así como en el puro negocio abstracto no se podía oponer la inexistencia o irregularidad de la causa, en nuestro Derecho sí, mediante prueba cumplida a cargo de quien la alega. En otras palabras, lo que el artículo 1.277 admite es una abstracción meramente procesal de la causa, cuyo efecto sustancial consiste en una inversión de la carga de la prueba. La existencia y regularidad de la causa no debe ser probada por el acreedor. Tampoco el deudor podrá decir que carece de causa la obligación que contrajo porque no se haya expresado, pero sí alegar la inexistencia o irregularidad causal suministrando prueba suficiente.

Nuestro sistema jurídico rechaza también la posibilidad de una transmisión abstracta de la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes. La adquisición de la propiedad debe fundarse en la ley, donación, sucesión *mortis causa,* o en ciertos contratos seguidos de la tradición o entrega de la cosa (art. 609). El simple consentimiento de A y B para transmitir y adquirir la propiedad de la cosa de A no es título bastante para que B adquiera el dominio. Es necesario un contrato que por su naturaleza genere la obligación de A de transmitir esa propiedad, de realizar la atribución patrimonial a B y que la misma se lleve a cabo mediante la entrega o tradición. El contrato es aquí la «justa causa» de la entrega. Una tradición que no esté vinculada a un contrato traslativo de dominio (compraventa, permuta) no trasfiere éste.

La donación será título adquisitivo también.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Sobre el error, dolo, violencia e intimidación: BERCOVITZ, R.: *Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa,* A. D. C., 1969, p. 777: BORDA: *Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y el error como causa de nulidad de los contratos,* A. D. C., 1961, p. 925; CELICE: *El error en los contratos,* trad. esp., s. f.; COSSÍO Y CORRAL: *El dolo en el Derecho civil,* Madrid, 1955; DE CASTRO, F.: *De nuevo sobre el error en el consentimiento,* A.D.C. 1988, p. 403; DÍEZ-PICAZO: *La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* A. D. C., 1979, p. 545; FERRI: *Errore ostativo e interpretazione del contrato,* R. T. D. P. C., 1958, p. 1.505, GORDILLO CAÑAS: *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual,* R. D. P., 1983, p. 214; LUNA SERRANO: *Los vicios del consentimiento contractual,* en «Estudios Polo Díez»; MORALES MORENO: *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad,* A. D. C., 1982, p. 591; *El error en los contratos,* Madrid, 1988; PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico,* trad. esp. con notas de Alonso Pérez, 1971; QUIÑONERO CERVANTES: *El dolo omisivo,* R. D. P., 1979, p. 345.

Sobre los vicios de la causa, además de la del capítulo anterior acerca de la causa, la siguiente: ALONSO PÉREZ: *El error sobre la causa,* en «Estudios Castán Tobeñas», t. III; ESPÍN CÁNOVAS: *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado,* Anales de la Universidad de Murcia, 1954; GARCÍA-MONGE: *Contratos con causa ilícita,* R. D. P., 1964, p. 856; TORRALBA SORIANO: *Causa ilícita,* A. D. C., 1966, p. 661.

4. LA FORMACION DEL CONTRATO

I. LA FORMACION DEL CONTRATO. LOS TRATOS PRELIMINARES

Con la expresión «formación del contrato» se comprenden los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

Es corriente práctica una formación instantánea del contrato. Una parte acepta simplemente la propuesta que otra le hace, existiendo entonces ese concurso de la oferta y aceptación que exige el artículo 1.262 del Código civil para la perfección del contrato.

Pero también es frecuente, sobre todo en los contratos de importancia económica, o de cierta complejidad, que antes de que se produzca aquel concurso las partes entren en los tratos preliminares cuyo contenido es muy diverso.

Es común la doctrina que estima que en los tratos preliminares las partes no quedan obligadas. Están simplemente animadas por una voluntad de discutir, pero no necesariamente por una voluntad de contratar (MESSINEO). De ahí la libertad de que gozan al exponer sus ideas, al expresar cómo querrían vincularse. De ahí también su libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato, pero no hay duda de que entre las partes se ha establecido una situación jurídica que debe estar presidida por una idea básica: la necesidad de actuar de buena fe (S. de 29 de enero de 1965). Es, pudiéramos decir, el correctivo de aquella libertad a la que antes nos hemos referido.

Si la buena fe debe presidir ese período llamado en general precontractual, es lógico preguntarse si la ruptura de unos tratos preliminares debe ser siempre fuente de responsabilidad, o si debe ser medida por el patrón de la buena fe y sólo la que no se acomode a ella originará una responsabilidad. Nos referimos, naturalmente a la obligación de resarcir los daños causados a la otra parte por la confianza razonable que tenía en que el contrato se concluiría, no por un contrato incumplido; el alcance del resarcimiento es mucho menor como veremos inmediatamente. Debe considerarse como regla general que la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad. Las partes, por el hecho de haber tratado preliminarmente la formación de un contrato, en manera alguna están obligadas a su conclusión. Además, como dice DE CUPIS, si se estableciese un régimen general de responsabilidad, se impondría a las partes tal cautela y circunspección que se obstaculizaría enérgicamente la vida del tráfico. No obstante, pensamos que si la ruptura revela que no se iniciaron de buena fe los tratados (p. ej., se quiere mediante ellos alejar a la otra parte de otros tratos, o conocer determinadas interioridades de sus negocios) o si el estado de las negociaciones era tan avanzado por haberse logrado acuerdos importantes que hacían confiar lícitamente a la parte perjudicada en la celebración del contrato, debe imponerse la responsabilidad al que las rompe, salvo causas justificadas de desistimiento (v. gr., se ha alcanzado ya un acuerdo verbal, pero el contrato necesita ser elevado a escritura pública porque la ley la requiere como forma sustancial. Una de las partes, entonces, desiste del otorgamiento de la escritura).

Supuesta la no justificación del desistimiento, su autor es responsable de los daños ocasionados a la otra parte, ha de indemnizar lo que desde IHERING se ha denominado «interés negativo», diferente del «interés positivo». No ha de resarcir como si se tratase de un incumplimiento de contrato que impide conseguir las utilidades previstas («interés positivo»), sino en la medida de la disminución patrimonial que sufre el dañado, y que se hubiera evitado si los tratos preliminares no se hubieran iniciado. Por eso tiene derecho a que se le reembolsen todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos (pago de asesores, desplazamientos, alquiler de almacenes, gastos bancarios, etc.).

La acción para exigir esta responsabilidad, nacida en realidad de la culminación del principio *alterum non laedere* (art. 1.902), es la misma que para exigir la responsabilidad extracontractual: un año (art. 1.968, 2.°).

II. LA OFERTA Y SU ACEPTACION

En el artículo 1.262, nuestro Código civil contempla como procedimiento normal de celebración de un contrato la formación de éste por la concurrencia de una oferta y una aceptación. Afirma que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». El estudio de estos dos consentimientos es importante ante la ausencia de toda normativa en el Código con carácter general, cuando oferta y aceptación están separadas por un lapso temporal acusado.

A) LA OFERTA

La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato.

Para que exista oferta es preciso que la declaración contenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, en caso de recaer aceptación, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación. Por la aceptación, el oferente queda vinculado lo mismo que el aceptante, y el contrato es perfecto sin necesidad de ningún otro acto. Por tanto no constituyen ofertas propiamente dichas las declaraciones de voluntad en las que haya una reserva, implícita o explícita, de una prestación de consentimiento final por el oferente («salvo confirmación» o «salvo aprobación»).

a) *Caducidad.*—La oferta caduca cuando el destinatario la rechaza expresamente o cuando transcurre el tiempo establecido por el oferente para la aceptación. Si no se ha establecido ningún plazo, habrá de entenderse vigente por todo el tiempo que la buena fe o los usos (art. 1.258), atendiendo a la naturaleza del contrato, impongan.

b) *Revocación: sus límites.*—También es causa de caducidad la revocación de la oferta antes de la perfección del contrato, porque hasta entonces el oferente no queda vinculado por la que ha hecho. Hasta que no llegue a su conocimiento la aceptación, no se produce tal vinculación (art. 1.262, p. 2.°).

La libertad de revocación no queda limitada por el hecho de que el oferente haya señalado plazo para la aceptación, pues plazo siempre existirá aun implícito (en contra, S. de 23 de marzo de 1988). De lo contrario, toda oferta sería irrevocable.

La revocación de la oferta es una declaración de voluntad de dejarla sin efecto de carácter recepticio, pues debe ir dirigida necesariamente al destinatario de aquélla.

Es lícita la renuncia al poder de revocar la oferta, que ha de ser clara y concluyente. Sino es bastante para darla por entendida el señalamiento de un plazo para la aceptación, en cambio, sí lo es el compromiso de mantenerla durante cierto tiempo. Transcurrido sin aceptación, la oferta caduca sin necesidad de una manifestación de voluntad revocatoria.

c) *Muerte e incapacidad sobrevenida del oferente.*—La muerte y la incapacidad para celebrar el contrato sobrevenida con posterioridad a la oferta y antes de su aceptación se conceptúan como casos en los que la oferta caduca. No olvidemos que la emisión de una oferta no determina por sí misma ninguna vinculación ni obligación, hasta la perfección del contrato. Por tanto, si el causante no estaba vinculado, tampoco lo estarán sus herederos.

No obstante, se admite que cuando el oferente es un empresario y la oferta corresponda al círculo de obligaciones de la empresa, no hay caducidad por su muerte o incapacidad. La oferta crea una situación objetiva para la empresa, que debe subsistir cualquiera que sean las vicisitudes personales por las que atraviese el empresario.

También se admite como excepción la oferta irrevocable. Se ha hecho así por un negocio jurídico unilateral que tiene como contenido una renuncia al derecho de revocar. Por ser un negocio jurídico vincula a los herederos de su autor.

d) *Forma.*—La oferta no requiere una forma especial, salvo para aquellos contratos en que se exija una determinada forma *ab substantiam* o *ad solemnitatem,* o que así lo hayan acordado las partes.

e) *La oferta al público y la invitación a ofrecer.*—La oferta puede ser dirigida a la generalidad, al público, y la práctica moderna se vale con gran frecuencia de este tipo de ofertas. Piénsese en las hechas por la publicidad, la colocación de carteles o colocación de aparatos automáticos.

Es necesario para que exista una auténtica oferta al público que contenga todos los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión se dirige, y que se manifieste de modo cierto y seguro como tal. Por eso no son ofertas al público la publicidad de los servicios que una persona está dispuesta a prestar, por ejemplo.

De la oferta al público se distingue la simple invitación a ofrecer, o sea, la simple invitación a que se haga una propuesta de contrato, carente de relevancia jurídica. Habrá invitación a ofrecer, en términos generales, todas las veces que en la declaración no se hallen contenidos los elementos esenciales del contrato («se vende», «se alquila», etc.).

La revocación de la oferta al público sigue el régimen general de la oferta. Pero precisamente por la indeterminación de los destinatarios, ha de darse a la revocación una publicidad suficiente, apta para ser reconocida.

B) LA ACEPTACIÓN

a) *Concepto y condiciones.*—La aceptación es la declaración de voluntad que emite el destinatario de una oferta dando su conformidad a ella.

Es necesario que la aceptación coincida con los términos de la oferta y que se haga tempestivamente, es decir, mientras la oferta no ha caducado [1]. Además, debe constar una voluntad de quedar obligado por la aceptación, por lo que no existiría ésta si se hace a reserva de una posterior prestación de consentimiento más meditado.

b) *Forma.*—Rige el principio de libertad de forma en la declaración de aceptación, que puede incluso consistir en conductas concluyentes (arrojar la moneda al automático, principiar la ejecución del contrato propuesto). Sólo será preciso que la aceptación se haga bajo forma determinada cuando así lo exige la ley para el contrato en formación (forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem)* o la oferta o anteriores estipulaciones de las partes.

c) *Efectos: Revocabilidad.*—La aceptación es revocable, como la oferta, antes de que llegue a conocimiento del oferente, que es cuando queda obliga-

[1] ¿Es admisible como aceptación la que introduce alteraciones en la propuesta? No debe ser considerada apta para perfeccionar el contrato porque no coincide exactamente con la voluntad del oferente. En realidad habrá una contra-oferta, que es una oferta que hace ahora el destinatario, pero la primera hay que darla por extinguida por no aceptación.

No es unánime la jurisprudencia. En pro de la tesis expuesta se manifiestan las sentencias de 14 de marzo de 1973 y 7 de junio de 1986. En contra, las de 3 de noviembre de 1955 y 30 de enero de 1965, basadas en que las alteraciones por el destinatario no eran esenciales (como si éstas no tuvieran que ser estudiadas y aceptadas por el oferente).

¿*Quid* de la aceptación condicional? Justamente señala la sentencia de 14 de marzo de 1973 que deja el convenio en estado de proyecto hasta que se manifieste por el oferente su conformidad. Pero jurídicamente lo que existe es una contra-oferta, que perfecciona, por la aceptación del primer oferente, el contrato.

do el aceptante (art. 1.262, p. 2.°). De la misma manera que veíamos en la oferta, esa declaración de voluntad queda sin efecto si muere el aceptante o le sobreviene la incapacidad para contratar antes del momento de la perfección del contrato, pues hasta entonces no queda obligado ni él ni sus herederos.

III. EL MOMENTO Y LUGAR DE LA PERFECCION DEL CONTRATO

El contrato no siempre se forma con la presencia de las partes o de sus representantes que en un mismo acto intercambian sus consentimientos. Acaece que, por encontrarse en lugares distintos o porque voluntariamente no quieran reunirse para aquel fin, utilizan medios para realizar la oferta o aceptación que no son los de valerse de otras personas. El párrafo 2.° del artículo 1.262 se fija exclusivamente en el empleo de carta para aceptar la oferta, es decir, un medio que obliga a un intervalo temporal entre la oferta y la aceptación significativo, y da dos reglas para resolver el problema del momento de la perfección del contrato y el lugar en que acaece.

Respecto de la primera cuestión, determina que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento». Rechaza, pues, nuestro Código civil tanto la teoría de la emisión o declaración como la de la expedición o remisión. La primera estima que la perfección se produce cuando el aceptante emite su declaración, y la segunda, para corregir sus defectos puesto que no tiene en cuenta el carácter recepticio que posee la declaración de aceptar y lleva al absurdo de que el oferente pueda quedar obligado ignorando la misma, entiende que el momento decisivo debe ser cuando el aceptante se desprende de la aceptación y la pone en camino hacia el oferente.

Ahora bien, la frase «desde que llegó a su conocimiento» ha sido interpretada generalmente como una adhesión a la teoría de la cognición, que colocándose en el extremo contrario al de la emisión o declaración, dice que la perfección del contrato ocurre al recibir el oferente la aceptación y tomar conocimiento de ella. Sin embargo, la ambigüedad de la susodicha frase legal da pie para acoger la teoría de la recepción, que supone una matización de la cognición de gran importancia y justicia, ya que ésta deja expuesto al aceptante a que no se perfeccione el contrato por hechos que no le son imputables (v. gr., el cartero deposita la carta en otro buzón o el portero tarda en entregarla). La teoría de la recepción afirma que el momento a considerar es aquel en que la declaración llega al ámbito o círculo del oferente (su domicilio, su establecimiento mercantil)[2].

[2] La sentencia de 3 de mayo de 1978 dice que el Código civil acoge la teoría del conocimiento. Sin embargo, la de 29 de septiembre de 1981 aplica exactamente la de la recepción.

Decíamos en líneas anteriores que el párrafo 2.° del artículo 1.262 sólo se ocupa de la aceptación por carta. Creemos que no es aplicable si se usa otro medio que no produzca necesariamente un intervalo apreciable entre oferta y aceptación, como el teléfono (S. de 3 de enero de 1984), radio o télex. Sí, en cambio, al telégrafo.

Finalmente, el último inciso del precepto citado aborda el tema del lugar de la perfección, cuya determinación puede ser sumamente importante si hay que aplicar como ley del contrato la ley del lugar de su celebración en cuestiones de Derecho internacional privado (vid. art. 10.5 del Título Preliminar). Dice que «el contrato, en tal caso *(aceptación por carta)*, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Es una norma, pues, de carácter dispositivo, que deja en libertad a las partes para señalar el que tengan por conveniente. De acuerdo con su *ratio* debe aplicarse en todo supuesto en el que no haya presencia física de las partes contratantes o sus representantes.

IV. EL PRECONTRATO

A) NATURALEZA JURÍDICA

En la formación del contrato, y entre los tratos preliminares y el contrato definitivo, se suele incrustar a veces la figura del precontrato o promesa de contrato, sobre cuya naturaleza o esencia jurídica existen distintas doctrinas.

La tesis que pudiéramos llamar clásica o tradicional conceptúa al precontrato como un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato, o, en otras palabras, el contrato que origina el deber de las partes de prestar posteriormente los consentimientos contractuales apropiados para dar vida al contrato previsto. En una promesa bilateral de compraventa, por ejemplo, las partes se obligarían a concluir en el futuro un contrato de esa naturaleza, no querrían actualmente comprar y vender, sino dar vida a esa relación jurídica en el porvenir.

Deriva necesariamente de esta tesis que en el precontrato se determine el futuro contrato en todos sus elementos esenciales. En aquella promesa de compraventa deberá especificarse qué es lo que se venderá y a qué precio. ¿Es que podría considerarse obligado a quien promete vender o promete comprar sin determinar lo que se vende o a qué precio se comprará? El absurdo de la contestación afirmativa es evidente (S. de 30 de diciembre de 1980). Con la mejor buena voluntad podría verse la situación como unos meros tratos preliminares entre las partes.

La configuración del precontrato con arreglo a la tesis tradicional lo hace una figura inútil. Si A promete a B que le venderá su casa en X pesetas, ¿para qué obligar a la prestación de un nuevo consentimiento contractual si ya está dado por A al prometer y por B al aceptar la promesa? Estamos ante un contrato de compraventa al que las partes no quieren dar eficacia actualmente.

Se ha dicho también que el precontrato origina una obligación de desenvolver las líneas básicas de futuro contrato que en él se establecen (ROCA SASTRE, acogiendo ideas de DEGENKOLB). Pero si por líneas básicas se entienden los elementos fundamentales del contrato proyectado, estamos ante una indeterminación que hace imposible predicar el nacimiento de una obligación de cumplir, como acabamos de ver. Si se identificase líneas básicas con el hecho de que se pactase en el precontrato que algunos extremos del contrato se desarrollarán posteriormente (por ejemplo, la forma de pago del precio, el sometimiento o no a una condición»), dice el profesor DE CASTRO que se hace difícil pensar que haya otra cosa distinta de los tratos preliminares: el llamado desarrollo es lo que constituirá el contenido total del contrato y, por tanto, lo único eficaz.

La construcción del profesor DE CASTRO es la que explica acertadamene el precontrato. En el precontrato, la relación *contractual* se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración Lo que ocurre es que se reservan, ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor. Hasta entonces no pesan sobre las partes los deberes ni les son concedidos los derechos que constituyen el contenido típico del contrato proyectado.

B) REQUISITOS DE CAPACIDAD, OBJETO Y FORMA

Las partes han de tener la misma capacidad para celebrar el precontrato que se exige para el contrato definitivo. Un emancipado, por ejemplo, no puede prometer la venta de un inmueble sin el complemento de su capacidad que exige el artículo 323. Otra cosa equivaldría a permitir la celebración de un contrato que no podría cumplir.

El objeto del contrato es el contrato proyectado. De ahí que ha de estar determinado en sus elementos esenciales o necesarios, aunque no es preciso que consten los extremos que regulan normas puramente dispositivas a falta de convenio. Así, por ejemplo, en una promesa bilateral de compra y venta ha de existir la fijación de la cosa y el precio, pero no es indispensable que consten las obligaciones de las partes como comprador y vendedor en cuanto éstas están ya dispuestas por el Código civil.

La forma del precontrato es, en principio, libre. No obstante, si para el contrato proyectado se exige por el Derecho alguna forma especial, el precontrato habrá de observarla siempre que se requiera para el primero como forma constitutiva.

C) EFECTOS: LA SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO

Por virtud del precontrato se atribuye a las partes, a una o a ambas, la facultad de exigir la puesta en práctica del contrato proyectado en cualquier momento, a menos que se haya establecido un plazo de ejercicio o del que resulte, en su caso, por el artículo 1.128 del Código civil.

El problema se centra en determinar qué ocurre cuando una de las partes no cumpla. La jurisprudencia comenzó por negar la posibilidad de sustitución de la voluntad rebelde por la de la autoridad judicial, porque la obligación nacida del precontrato, con arreglo a la teoría clásica, no era más que la de hacer, es decir, dar el consentimiento para el futuro contrato, que por su naturaleza misma es incoercible; su incumplimiento daría lugar a la indemnización de daños y perjuicios exclusivamente (S. de 11 de noviembre de 1943, de gran repercusión en muchas posteriores). Pero desde el momento en que cambia la óptica con la que se contempla la figura, negando esa división absoluta entre precontrato y contrato definitivo, y viendo en aquél una relación jurídica única conformada ya en sus elementos esenciales y pendiente de ejecución o exigencia, se admite la sustitución de la voluntad rebelde por la del juez. Así, por ejemplo, la promesa bilateral de comprar y vender puede ser cumplida por el juez, otorgando la oportuna escritura pública (Ss. de 1 de julio de 1950 y 26 de marzo de 1965, entre otras). Puede considerarse consolidada la doctrina que faculta para exigir directamente el cumplimiento del contrato proyectado, no la prestación de un nuevo consentimiento para dar vida al mismo, si en el precontrato han quedado determinados de manera total y completa todos los elementos y circunstancias de aquél (Ss. de 28 de mayo de 1980, 25 de enero de 1982, y 26 de octubre de 1984).

D) PROMESAS DE COMPRA Y VENTA

El artículo 1.451 del Código civil dedica una atención especial a lo que llama «promesas de comprar o vender», diciendo en su párrafo 1.° que, si hay conformidad en la cosa y en el precio, los contratantes tienen derecho «para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». El párrafo 2.° añade que «siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro», con lo que se introduce una variación respecto del régimen de la compraventa; ahora hay una remisión a las reglas generales de las obligaciones y contratos.

El párrafo 1.° habla de promesa de compra o venta, es decir, promesas unilaterales por las que una persona se obliga a comprar u otra persona se obliga a vender. Es requisito esencial de las mismas la conformidad en la cosa y precio. Esa «conformidad» implica consentimiento de la contraparte a la que va

dirigida la promesa, por lo que en buena lógica parece que el precepto contempla las promesas bilaterales de compra y venta. Así también tiene sentido que se otorgue a las partes el derecho a compelerse «recíprocamente» al cumplimiento del contrato.

La promesa bilateral de compra y venta no equivale a compraventa, sólo obliga al cumplimiento de lo pactado según se deduce del precepto en examen. Pero, cuando se trata de perfilar qué significa esa obligación, aparece toda la problemática del precontrato que hemos estudiado.

V. EL CONTRATO DE OPCION

Por virtud del llamado contrato de opción, una de las partes atribuye a la otra un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo y unilateralmente, la eficacia de un determinado contrato proyectado en sus elementos esenciales. Por ejemplo, el dueño de una finca concede a una persona una opción de compra durante seis meses sobre la misma.

La concesión de la opción puede ser gratuita u onerosa. Es problema de interpretación de la voluntad, en caso de duda, si la prima pagada por la opción se integra dentro de la contraprestación a efectuar por el optante que acepta el contrato o es independiente de ella.

La opción, en su esencia, no es más que una modalidad de precontrato, es una promesa unilateral de contrato. El dueño de la finca promete vender en determinado precio, y el optante es el que adquiere únicamente la facultad de exigir el cumplimiento de esa venta proyectada. En cambio, en una promesa bilateral, aquella facultad de exigir le corresponde a ambas partes.

El consentimiento del optante es lo único decisivo para la eficacia del contrato proyectado, sin que pueda el concedente de la opción pretender que ha de dar su conformidad a la declaración del primero de adquirir la finca (S. de 29 de septiembre de 1981, que califica esta doctrina de «harto reiterada» por la Sala 1.ª).

El promisario o concedente de la opción queda obligado, durante su vigencia, a no celebrar contratos con terceros incompatibles con el derecho del optante (por ejemplo, a no vender la cosa de nadie). El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero aquellos contratos serán eficaces, el tercero o terceros no tienen que soportar el ejercicio de la opción [3].

[3] La indemnización de daños y perjuicios corre a cargo del que concedió la opción, que frustra con su conducta. Pero si el tercero que con él contrata conoce su existencia, responderá también de los mismos (arg. Ss. de 23 de marzo de 1921 y 29 de octubre de 1955), e incluso podrá prosperar la nulidad del contrato (arg. S. de 16 de febrero de 1973).

Una excepción muy calificada a esta doctrina es la opción de compra sobre bienes inmuebles, siempre que esté inscrita en el Registro de la Propiedad por reunir los requisitos que especifica el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Entonces ha de soportar el tercero el ejercicio de la opción, y queda obligado lo mismo que el concedente primitivo. Se le dan así efectos reales a esa su facultad de exigir la realización del contrato proyectado.

La opción es transmisible con el consentimiento del concedente, que puede darse al otorgarla o posteriormente. Para el concedente no es irrelevante la persona del que contratará con él, no es lo mismo que sea una persona solvente que otra que no lo sea. Por eso, sin aquel consentimiento, la cesión de la opción será ineficaz frente a él [4].

VI. LA FORMACION DEL CONTRATO POR ADHESION

La expresión «contrato de adhesión» fue acuñada por SALEILLES, a principios del presente siglo, y se ha generalizado en la doctrina. Se designan con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transportes, etc.

Sin embargo, conviene diferenciar dos fenómenos. El primero se produce cuando todas las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que éstos dan su conformidad (es la «letra chica» de los contratos de seguros, de suministro de electricidad, etc.). El segundo se da cuando han quedado fuera del contrato, y el contratante parece adherirse a ellas (cuando se compra un billete en un transporte público no se nos dice cuales son las condiciones del contrato que celebramos). Esta distinción ha permitido doctrinalmente separar lo que son contratos de adhesión (los primeros) y lo que son condiciones generales de la contratación (las segundas).

El peligro de estas fórmulas es evidente. Cierto que facilitan la contratación en masa, porque el empresario no puede discutir individualmente cada contrato. Pero cierto también que le procuran todas las ventajas, eximiéndole

[4] Inscrita la opción en el Registro, si con posterioridad se embarga el inmueble sobre la que recae y antes de su ejercicio, se suscita la cuestión de si cuando se opta por la adquisición, el optante puede pretender la cancelación de la anotación del embargo. Según la R. de 28 de septiembre de 1982, no es procedente salvo que se deposite el precio de la compra a disposición de los titulares de asientos posteriores al de la opción.

generalmente de responsabilidad o aceptándola en términos tales que prácticamente se llega al mismo fin (por ejemplo, obligación de denunciar el siniestro en un plazo a todas luces corto bajo pena de que el asegurado pierda el derecho a la indemnización). Además, frecuentemente están redactadas las cláusulas de una manera laberíntica y oscura, apta para su comprensión por especialistas solamente.

La aprobación administrativa exigible en algunos casos, no santifica las cláusulas predispuestas por el empresario, otorgándoles vigencia incondicional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que esa aprobación no le impide, justamente, hacer ineficaces cláusulas contrarias al contratante débil e interpretarlas con espíritu de justicia (S. de 28 de marzo de 1956). Este criterio ha sido recogido en el artículo 3.° de la Ley de 17 de octubre de 1980, que regula el contrato de seguro. Pese a que se impone a la Administración Pública una labor de vigilancia de las condiciones generales, la nulidad de las mismas o de alguna de sus partes ha de ser decretada por la jurisdicción ordinaria.

También ha mantenido la jurisprudencia la necesidad de normas especiales y más cuidadosas de interpretación para hallar la mayor justicia y reciprocidad en las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por una de ellas (S. de 12 de marzo de 1957), y en esta línea ha hecho reiteradamente uso de la regla de interpretación *in dubio contra stipulatorem* del artículo 1.288 del Código civil.

VII. LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO. SU CONTROL EN LAS LEYES

Por «condiciones generales del contrato» o «condiciones generales de la contratación» debe entenderse el conjunto de reglas establecidas por una empresa o grupo de empresas, constitutivas del contenido total o parcial de los contratos que han de celebrar en el desarrollo de sus actividades.

Destaca de las condiciones generales su creación unilateral; su necesidad en la vida económica moderna, en la que no es posible la discusión del contenido de cada contrato con cada cliente, al impedirlo la contratación masiva y las exigencias de uniformidad que se derivan de la planificación empresarial en todos los órdenes; y su evidente imposición en la inmensa mayoría de los casos a los hipotéticos contratantes, que no poseen otra libertad contractual más que para aceptarlas o rechazarlas.

Un sector de la doctrina ha estimado que tienen un valor semejante a los usos normativos por el hecho de su difusión y constante repetición en los contratos de una misma especie. Pero lo cierto es que frente al que sufre las condiciones no generales no se puede argumentar así. Cuando el cliente del Banco acepta la condiciones generales que le impone para regular el préstamo que del mismo toma o la cuenta corriente que abre, no tiene en absoluto conciencia de que se está cumpliendo una norma jurídica creada socialmente, sino que hay algo que se le impone sin discusión elaborado por un grupo social (banqueros) en defensa de sus intereses, no porque se estime como regulación justa. Por otra parte, ni con esta teoría las condiciones generales tendrían eficacia automática e irreversible. Si son usos normativos, habrá que estar a lo que dispone sobre ellos el artículo 1.°3 del Título Preliminar, en el que se les da un valor de costumbre. Por tanto, ni podrían ir contra las leyes, ni contra la moral o el orden público. Judicialmente habría que examinar entonces si se cumplen o no estos requisitos.

La tesis dominante es la consideración de las condiciones generales como contenido contractual, y de ahí su fuerza obligatoria, pero siempre que respeten las normas jurídicas sobre el particular.

La defensa de los usuarios y consumidores frente a las condiciones generales de la contratación es una preocupación constante en todos los Estados, aunque los métodos difieran. Unas veces se dictan leyes que prohíben con carácter general las condiciones que posean determinados caracteres abstractos (p. ej., poco equitativas, abusivas, etc.), otras se enumeran casuísticamente, y, en fin, es tónica predominante la intervención de la Administración para su aprobación. Como siempre, el primer sistema deja un amplio margen de incertidumbre en lugar de contar con una seguridad *a priori* en lo que es lícito y lo que no lo es. El segundo tiene el inconveniente de que es imposible abarcar todos los casos que pueden presentarse en los que el usuario o consumidor necesite protección, y el peligro de la aplicación de la máxima *inclussio unius, exclussio alterius*. Por lo que respecta a la intervención de la Administración, es una medida preventiva eficaz, pero no desplaza a los Tribunales de Justicia de sus típicas funciones.

En España, la Ley de 17 de octubre de 1980 que regula el contrato de seguro se ocupa insuficientemente de las condiciones generales, aunque avanza unos criterios útiles, en cuanto que su artículo 3.° obliga: *a)* a que consten necesariamente en la póliza o en documento complementario, que se suscribirá por el asegurado, con lo que se facilita su conocimiento; *b)* a que no tengan carácter lesivo para él, pero no precisa cuándo lo son; *c)* a que la Administración vigile las condiciones generales, y a que, declarada la nulidad de algunas cláusulas por el Tribunal Supremo, haga que los aseguradores modifiquen las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas. Hay que entender que una sola sentencia no es suficiente para sentar una doctrina que complete el ordenamiento jurídico (art. 1.° 6 C.c.), se requieren por lo menos dos sentencias concordes sobre los mismos hechos.

La Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 presta atención al tema. Protege a los consumidores y usuarios, entendiendo por tales, de forma restrictiva, «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales,* bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los produ-

cen, facilitan, suministran o expiden (art. 1.°2). En consecuencia, no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes «adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de *integrarlos* en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros» (art. 1.°3).

A los efectos de la Ley, se entiende «por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate» (art. 10.2).

El control legal de las condiciones generales se hace por varias vías. Ante todo se busca la facilidad de su conocimiento, por lo que se ordena «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual» (art. 10.1 letra *a)*. Se preceptúa sólo una «referencia», no una transcripción de su contenido, cuando haya un reenvío a textos de fuera del contrato, lo que no se prohíbe siempre que se faciliten previa o simultáneamente a su conclusión. En realidad, la facilitación del texto debe ser siempre previa, a fin de que el contratante protegido sepa a lo que se obliga si concluye el contrato.

La Ley de 1984 se decide por una enumeración *abierta* de condiciones que prohíbe, pero todas las condiciones generales han de estar presididas por el principio de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones» (art. 10.1, párrafo *c)*. Las dudas se resolverán en contra del que las haya redactado, y prevalecerán las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas (art. 10.2).

La Ley considera nulas de pleno derecho y como no puestas las condiciones que incumplan los requisitos generales expuestos o caigan en la enumeración de las prohibidas. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, será ineficaz el contrato mismo (art. 10.4).

VIII. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: CONSECUENCIAS

Cuando en la formación de un contrato una de las partes observa una conducta que da lugar a que la otra sufra un daño por su conclusión, se origina una responsabilidad, llamada precontractual, que obliga a su reparación. Tal conducta puede originar causa de nulidad por la que queda posteriormente ineficaz el contrato (p. ej., emplea dolo o intimidación un contratante sobre otro), o puede consistir en la ocultación de datos e informaciones que hubieran evitado su celebración (v. gr., se contrata en representación de otro sin manifestar que se carece de ella)[5]. La responsabilidad precontractual se ha extendido también a la ruptura de los tratos preliminares, como ya vimos en el epígrafe primero de este capítulo.

Esta responsabilidad se ha tratado de fundamentar, para su calificación y subsiguientes efectos como contractual o extracontractual, bien en un hipotético pacto por el que las partes se hubieran comprometido a comportarse leal y honestamente, bien en la buena fe que impone obligaciones lo mismo antes que después de la perfección del contrato (art. 1.258), bien en el principio *alterum non laedere* (art. 1.902). Estos últimos dos fundamentos teóricamente parecen más correctos, por cuanto la existencia de aquel pacto no pasa de ser una mera ficción.

Aunque algún sector de la doctrina haya afirmado la naturaleza contractual de la responsabilidad que tratamos, estimando que la buena fe lo mismo que es fuente de auténticas obligaciones que forman el contenido del contrato (art. 1.258), genera también obligaciones de la misma naturaleza antes de su perfección, en el período de su formación, no parece que puedan parangonarse las dos situaciones en cuanto a aquellas obligaciones. Las primeras tienen como punto de referencia un contrato ya concertado por las partes, lo que faltan en las segundas. Por eso, teóricamente cualquier responsabilidad durante la perfección del contrato entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902[6].

El problema en realidad no pasa de ser un tanto académico, pues en el régimen del Código civil las faltas cometidas durante la formación del contrato se trasladan en numerosas ocasiones después de su perfección a éste, dando lugar a acciones típicamente contractuales si han repercutido en esta última fase. Si el vendedor, por ejemplo, conoce las causas de evicción y no las manifiesta al comprador, éste posee la acción de evicción, de características y plazos distintos de la acción de responsabilidad extracontractual. Dígase lo mismo en la hipótesis de dolo. El que lo sufre tiene acción para anular el contrato, no sólo una acción de daños y perjuicios.

Los daños que se deban a la responsabilidad precontractual tienen una característica relevante, y es que sólo deben resarcirse en el límite del «interés negativo». No se resarcen, como vimos, teniendo en cuenta lo que el dañado hubiera obtenido si el contrato se hubiese cumplido (interés positivo), como si no hubiesen existido vicios o defectos «precontractuales», en otras palabras, sino que la indemnización lo que pretende es situar su patrimonio en la misma situación en que estaría si el contrato no se hubiese celebrado[7].

---

[5] *Vid.* entre otros casos en los artículos 1.270, párrafo 2.°; 1.340; 1.486-1.488; 1.725, 1.752 y 1.779 C.c.

[6] Así se manifiesta la sentencia de 16 de mayo de 1988.

[7] El origen de la responsabilidad contractual y la distinción entre ambas clases de daños, se deben a IHERING, quien en un clásico estudio sobre textos romanos referentes a la acción que tenía el comprador contra quien le había vendido cosas sagradas

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALONSO PÉREZ: *La responsabilidad precontractual,* R. C. D. I., 1971, p. 859; AMORÓS GUARDIOLA: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro,* A. D. C., 1983, p. 1.129; ARRILLAGA: *Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas,* R. D. M., 1952 (40), p. 7. BERCOVITZ, A. y R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores,* Madrid, 1987; CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor,* A. D. C., 1983, p. 1.191; CERDÁ GIMENO: *A propósito de la formación del contrato* (comentarios a la obra de RAVAZZONI: *La formazione del contratto*), R. C. D. I., 1973, p. 905; DE CASTRO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes,* Madrid, 1961, *La promesa de contrato,* A. D. C., 1950, p. 1.133; GALLART: *El problema de la fuerza vinculante de la oferta,* R. J. C., 1959, p. 656; *El momento de la perfección del contrato entre ausentes,* R. J. C., 1960, p. 290; GARCÍA-AMIGO: *Condiciones generales de los contratos,* Madrid, 1969; *La ley alemana occidental sobre condiciones generales;* R. D. P., 1978, p. 384; LALAGUNA: *La función negocial de la promesa de venta,* en «Estudios Castán Tobeñas», II, p. 303; LOBATO DE BLAS: *Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares,* R. G. L. J., 1976, II, p. 541; MANZANARES: *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares,* A. D. C., 1984, p. 687; *La naturaleza de la responsabilidad precontractual,* A. D. C., 1985, p. 971; MORENO QUESADA: *La oferta de contrato,* R. D. N., 1956 (abril-junio y julio-agosto); OSSORIO GALLARDO: *El contrato de opción,* Madrid, 1915; PIOTET: *Culpa in contrahendo,* Berna, 1963; ROGEL VIDE: *Momento y lugar de la formación del contrato,* La Ley, 1982, núms. 581 y 582; ROVIRA Y PALOMAR: *Problemas de la contratación entre personas distantes,* A. D. C., 1958, p. 147; ROMÁN GARCÍA: *El precontrato,* Madrid, 1983; ROYO MARTÍNEZ: *Contratos de adhesión,* A. D. C., 1949, p. 54; SERRANO ALONSO: *Notas sobre el derecho de opción,* R. D. P., 1979, p. 1.131; TORRES LANA: *Contrato y derecho de opción,* Madrid, 1987.

o una herencia inexistente sin advertir de estas circunstancias, construyó el concepto de culpa *in contrahendo*.

5. LA INTERPRETACION DEL CONTRATO

I. CONCEPTO, TIPOS Y ALCANCE DE LA INTERPRETACION CONTRACTUAL

La interpretación es una actividad dirigida a la determinación del sentido de una declaración o comportamiento negocial y de sus efectos y consecuencias en el orden jurídico, que ha de hacerse en conformidad con unas reglas jurídicas predispuestas.

La búsqueda del «sentido» enfrenta a dos poderosas corrientes doctrinales. Una de ellas estima que lo que el intérprete ha de indagar es la voluntad de los contratantes (interpretación subjetiva), o, en otras palabras, su intención; otra, por el contrario, cree que el intérprete cumple su misión dando a la declaración el significado que tiene en el tráfico, en la vida social (interpretación objetiva). Nuestro Código civil, como veremos a continuación, acoge la primera dirección, si bien no de una forma exclusiva, pero siempre predominante. No obstante, en la medida en que jurisprudencialmente se atienda con mayor frecuencia al criterio de la buena fe en la interpretación contractual, la dirección objetiva se irá imponiendo.

La interpretación negocial es tarea de gran amplitud. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiere la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de una determinada situación (compraventa, arrendamiento, etc.) *entre las partes,* normativa de sus intereses. Al negocio, en consecuencia, habrá que atribuir el significado correspondiente a la *intención* común de aquéllas en el momento en que se concluye (interpretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es complementario o subsidiario del subjetivo.

Otras veces, la interpretación objetiva cumple misiones principales: suplir las lagunas de la declaración, corregirla para darle eficacia y hasta imponer un significado distinto del que parece querido cuando lo exige el principio de la responsabilidad negocial (DE CASTRO).

Antes de fijar el sentido de una declaración negocial o de un comportamiento es preciso establecer la existencia de aquélla o éste. No podemos afirmar que entre las partes hay una relación jurídica de compraventa o de arrendamiento, sin que se esté de acuerdo en una serie de hechos probados que nos fundamente aquella calificación.

Una vez fijados los hechos (palabras, expresiones, conductas) hay que calificarlos jurídicamente, es decir, subsumirlos en un tipo legal (se ha querido una donación o un arrendamiento, etc.), o bien estimar que las partes han creado un negocio jurídico carente de tipología legal, de regulación normativa, y ello

al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que el ordenamiento jurídico reconoce en el artículo 1.255. Esta segunda operación obliga a valorar previamente la intención de las partes, lo realmente querido por ellas con aquellos hechos. Si se llega a la conclusión de que se ha querido la cesión del goce de una cosa por un precio, por ejemplo, la calificación jurídica como arrendamiento es algo posterior a aquella labor interpretativa.

Una vez calificada la situación se determinan sus efectos conforme a las normas imperativas del tipo negocial acogido y a las estipulaciones o pactos de los sujetos del negocio, es decir, con arreglo al precepto de autonomía privada o regla negocial que han creado.

II. INTERPRETACION SUBJETIVA: EL PRINCIPIO DE LA BUSQUEDA DE LA VOLUNTAD REAL

Uno de los principios rectores de la interpretación del contrato es el de la búsqueda de la «intención de los contratantes» (arts. 1.281, 1.282, 1.289, p. 2.°), que es la «intención común», no la de cada uno de ellos (Ss. de 9 de diciembre de 1965 y 6 de febrero de 1981).

La «intención común» es la zona en que concuerdan el querer de las partes. Para que exista consentimiento contractual han de querer el mismo objeto y la misma causa del contrato (art. 1.261, p. 1.°), pero también su contenido, es decir, sus estipulaciones y efectos. Aquí es donde se presenta en la práctica la dificultad de precisar esa intención, y se han de examinar los medios para lograrlo.

A) MEDIOS HERMENÉUTICOS

Si la declaración contractual es clara, el legislador estima que en ellas se contiene la «intención común». No otra cosa significa el artículo 1.281, párrafo 1.°, cuando dice que «si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», en otras palabras, basta el texto de la declaración. Los términos son claros cuando no dan lugar a dudas ni diversidad de interpretaciones, y no necesitan para su comprensión de razonamientos susceptibles de impugnación (Ss. de 20 de febrero de 1940 y 18 de noviembre de 1974). Se estima entonces que las partes no quisieron convenir otra cosa que lo que la claridad gramatical indica (Ss. de 27 de octubre de 1966 y 11 de diciembre de 1979).

La eficacia incondicionada de la regla *in claris non fit interpretatio* está restringida por el párrafo 2.° del propio artículo 1.281, al ordenar que «si las palabras parecieren contrarias a la intención *evidente* de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquélla». Por tanto, puede haber claridad gramatical pero discordancia con la intención *evidente*. La evidencia puede surgir del propio

contexto del contrato, de alguna cláusula destacada del mismo o de los propios actos de los que contratan, coincidentes o no en el tiempo con su perfección (S. de 27 de octubre de 1966).

De todo lo expuesto se deduce que el artículo 1.281 recoge en su párrafo 1.° la interpretación gramatical como el primer medio al que ha de acudir el intérprete y al que habrá de atenerse si no resultan sus deducciones contrarias a la intención de las partes *con evidencia*. Pero esto nos está advirtiendo que hay que hacer uso de los demás medios interpretativos para hallarla, pues de otro modo no se podría hallar esa evidencia.

La intención de las partes hay que buscarla *principalmente*, de acuerdo con el artículo 1.282, en los actos de ellas, coetáneos o posteriores al contrato, a los que hay que añadir los anteriores según reiterada jurisprudencia. Es decir, no se descartan otros medios hermenéuticos, pero subsidiariamente el examen del comportamiento de los contratantes.

Entre estos medios está el canon hermenéutico de la totalidad, como lo denomina BETTI, al que se refiere el artículo 1.285, que dice: «Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.» No obstante, esta regla vale tanto para hallar la voluntad común de los contratantes, como para resolver las dudas del intérprete, porque «la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye» (S. de 30 de noviembre de 1964).

B) REGLAS COMPLEMENTARIAS

Averiguada la intención común de las partes, entran en juego imperativamente las siguientes reglas:

1.ª Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar (art. 1.283). Es decir, aquí los términos significan gramaticalmente más que el propósito de las partes (S. de 28 de junio de 1976), y hay que reducirlos para que respondan exclusivamente a tal propósito.

La regla implícitamente prohíbe una aplicación analógica de la reglamentación contractual a supuestos no previstos.

2.ª Si alguna cláusula admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos (art. 1.284). Se rechaza, por supuesto, toda interpretación que la haga baldía o estéril (lo mismo que al contrato), pero también impone al intérprete la necesidad de que entre varias interpretaciones lógicas, escoja la que produzca efectos según «la naturaleza y objeto del contrato», aditamento este último que falta en el artículo 1.284 y que hay que traerlo a colación por clara analogía con el artículo 1.286.

3.° Según el artículo 1.286, si son las palabras (no las cláusulas como en el art. 1.284) las que pueden tener distintas acepciones, serán entendidas en la que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato. La «naturaleza» remite al tipo negocial (p. ej., compraventa, arrendamiento, etc.) y el «objeto» al fin perseguido por los contratantes.

III. RELEVANCIA DE LOS USOS EN LA INTERPRETACION DEL CONTRATO

El artículo 1.278 prescribe que el «uso o la costumbre del país» ha de tenerse en cuenta para «interpretar las ambigüedades de los contratos», y para suplir en éstos «la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse».

El uso en función interpretativa es operante únicamente cuando hay una ambigüedad en el contrato, en otras palabras, cuando no se puede colegir la «intención común» de las partes con arreglo a lo expuesto en tema de interpretación subjetiva.

El uso integra el contrato en cuanto a las cláusulas que habitualmente se repiten según su tipo y que no aparecen en el que se interpreta. Por eso, no teniendo una función interpretativa pura sino supletoria, su sede estaría entre los usos que son fuente reglamentadora del contrato, aludidos, entre otros, en el artículo 1.258. No es segura esta conclusion. Pudiera haber ocurrido que el legislador, de acuerdo con los precedentes históricos, hubiera entendido que los contratantes han convenido tácitamente las cláusulas usuales y no las han recogido en el contrato por estimar que se sobreentienden. Es decir, la regla negocial en este punto existiría, aunque no manifestada, por lo que nada hay que integrar. En cambio, los usos del artículo 1.258 son como las normas dispositivas de un contrato, rigen aunque las partes no las conozcan o no hayan pensado en ellas.

Los usos del artículo 1.287, en sus dos hipótesis, son los «del país», es decir, prácticas no individuales de los contratantes sino generales. La doctrina hace sinónimo «país» de «lugar», pero el Código civil calla sobre si es el lugar de la celebración o ejecución del contrato. Es general la opinión de que es el de la celebración.

Los usos interpretativos han de ser probados por quien los alega. Con arreglo al apartado 3 del artículo 1.° del Título Preliminar no tienen la consideración de costumbre.

IV. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Expresamente no hay artículo de los propios de la interpretación de los contratos en los que se preceptúe la necesidad de que se atienda a la buena fe en esa tarea. Sin embargo, existe una aplicación muy concreta del principio: el

artículo 1.288. Señala que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». Impone, pues, una sanción al que ha violado el deber de hablar claro, de expresarse comprensiblemente, estableciendo al mismo tiempo la voluntad contractual.

En relación con este precepto conviene destacar que la sanción no es automática, no basta que haya una cláusula oscura. Es preciso tener en cuenta que la necesidad de interpretación se plantea cuando las partes no están de acuerdo sobre el significado que ha de dársele a una declaración. No merecerá el calificativo de oscura más que cuando aquel significado no pueda desentrañarse con los procedimientos examinados. Por tanto, si el que invoca la oscuridad ha demostrado con su conducta que entendió la declaración en el sentido pretendido por su autor, no estará amparado por el artículo 1.288, lo mismo que si la oscuridad es subsanable acudiendo a los usos del tráfico con fundamento en el artículo 1.287.

> Particular importancia posee el artículo 1.288 en el ámbito de los contratos por adhesión o en el de las condiciones generales del contrato en los que una de las partes predispone ya un contenido contractual al cual se adhiere la otra.

Además del supuesto específico del artículo 1.288, la jurisprudencia admite la eficacia, de modo general, del principio de la buena fe en materia de interpretación contractual (Ss. de 24 de junio de 1969 y 17 de junio de 1970). Esta eficacia se traduce en las siguientes consecuencias:

1.° Prevalencia de la voluntad declarada sobre la voluntad real, si ésta discrepa de aquélla y la discrepancia ha sido producida por malicia o por falta de cuidado debido al expresarla por su autor, siempre que haya buena fe en la otra parte (Ss. de 23 de mayo de 1935 y 13 de marzo de 1952).

2.° Si lo realmente querido se ha hecho entender o debía o podía entenderse, prevalece con ese significado incluso si la expresión utilizada, tomada objetivamente y en su significado general, quería decir otra cosa (CARIOTA FERRARA).

3.° Eficacia de la voluntad declarada, si de acuerdo con los usos y la buena fe, el que la recibió entendió cosa distinta de la voluntad interna del que la emitió (S. de 28 de diciembre de 1982).

Hay que admitir que una excesiva dimensión del principio de la buena fe arruina la interpretación subjetivista, que es el eje de la normativa del Código civil.

V. LAS REGLAS DEL ARTICULO 1.289

El artículo 1.289 del Código civil cierra las normas que establece en materia de interpretación contractual. Con un sentido claramente subsidiario res-

pecto a las examinadas, se enfrenta con el problema de las declaraciones ininteligibles, pese a la aplicación anterior de aquéllas, y distingue el supuesto de dudas irresueltas sobre circunstancias accidentales del contrato o sobre «su objeto principal», es decir, sobre la finalidad que las partes se propusieron alcanzar. En el primer caso, si el contrato es gratuito, ordena que se resuelvan en favor de la menor transmisión de derechos e intereses, pero si es oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de intereses. En el segundo, el contrato será nulo al no poder venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes.

VI. CARACTER DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACION. SUS CONSECUENCIAS

Las normas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 son auténticas normas jurídicas, no máximas de experiencia, y como tales obligan al intérprete (jueces, árbitros). Reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la posibilidad de casar la sentencia que las infrinja (a través del art. 1.692.5.° L.E.C.). Sin embargo, el resultado de la interpretación por el juzgador de instancia es el que prevalece, siempre que la interpretación no resulte absurda, ilógica o desorbitada (Ss. de 14 de noviembre de 1963, 26 de febrero de 1973 y 8 de marzo de 1988, entre otras muchas). Lo que en raras ocasiones se estima por el Tribunal Supremo, pues defiende como más objetivo y ponderado el criterio de la sentencia recurrida.

VII. INTERPRETACION AUTENTICA DEL CONTRATO

Las partes del negocio pueden llevar a cabo, a través de un nuevo negocio, la labor interpretativa, esto es, a través de una nueva declaración de voluntad dirigida a fijar el sentido y el valor de las declaraciones contenidas en el negocio anterior o en algunas de sus cláusulas o disposiciones. Se habla en tales casos de una interpretación auténtica del negocio, que no tiene más que un alcance limitado al ámbito de las propias partes, no frente a terceros. Las partes estarán obligadas a dar al negocio interpretado el sentido fijado en aquella otra declaración de voluntad.

Ahora bien, así como el órgano judicial que interprete un negocio está obligado a atenerse a las normas imperativas de los artículos 1.281-1.289, en sus respectivos casos, las partes son libres de proceder a la interpretación sin sujeción a ellas. Un sector de la doctrina encuadra la llamada interpretación auténtica en los negocios jurídicos de fijación, pues con él las partes aclaran o fijan sus posiciones jurídicas eliminando incertidumbres actuales o futuras.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BETTI; *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* Milán, 1949 (trad. esp. de De los Mozos); CANO MATA: *La interpretación de los contratos civiles,* A. D. C., 1971, p. 193; CASELLA: *Il contratto e l'interpretazione,* Milán, 1961; DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos,* trad. esp. con notas de Bonet Ramón, Madrid, 1955; DE CASTRO: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley,* A. D. C., 1977, p. 809; GRASSETTI; *L'interpretazione del negozio giuridico con particulare riguardo ai contratti,* Milán, 1938; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* t. 17, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1981; OPPO: *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico,* Bolonia, 1943; TRAVIESAS: *Los negocios jurídicos y su interpretación,* R. D. P., 1925, p. 33.

6. EFECTOS DEL CONTRATO

I. LA REGLAMENTACION CONTRACTUAL Y SUS FUENTES: INTEGRACION DEL CONTRATO

Con el contrato se instaura entre las partes un precepto de autonomía privada que puede llamarse *lex privata*. Esto es lo que quiere decir el artículo 1.091 cuando preceptúa que «los contratos tiene fuerza de ley entre las partes».

¿Cuál es el contenido de esa *lex privata?* Según el artículo 1.285, los contratos obligan desde su perfección «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». Como se ve, no posee el precepto una función interpretativa del contrato, sino integradora de su contenido y reglamentadora u ordenadora («obligan»).

Destaca en primer término el precepto de autonomía creado, que ha de respetar obviamente las normas imperativas establecidas al efecto.

A continuación llama a la buena fe, que aquí sería tanto una fuente de normas obligatorias para las partes, a deducir del principio que impone la obligación de comportarse leal y honestamente en el tráfico, y módulo del ejercicio de los derechos y facultades que nacen del contrato.

Los usos también integran la relación contractual, y están aludidos genéricamente. La alusión comprende los usos normativos, que regulan determinadas materias, pero no los usos interpretativos de las cláusulas ambiguas de los contratos que recoge el inciso primero del artículo 1.287. En cuanto a los usos que permiten suplir la omisión de cláusulas frecuentes y habituales, mencionadas en el inciso segundo de este último precepto, nos remitimos en cuanto a si son usos interpretativos o usos integradores como los del artículo 1.258 al capítulo relativo a la interpretación de los contratos.

La última remisión que hace el artículo 1.258 para integrar la relación contractual es a la ley, que aquí tanto puede ser imperativa como dispositiva, al no hacerse ninguna distinción entre ellas.

¿La enumeración del artículo 1.258 es también un orden de prelación? No lo parece, pues no tendría sentido el que la ley, si es imperativa, sea desplazada por la buena fe o por los usos normativos. No obstante, es necesario dar respuesta a la interrogante, en la que va envuelta la cuestión de si los usos privan sobre la ley dispositiva aplicable al contrato, como sucedería si se siguiese literalmente el precepto.

La primacía la ostenta ante todo la ley, sea imperativa o dispositiva, pues es la primera fuente del Derecho y, por lógica traslación, la primera fuente también de la reglamentación contractual. Claro está que respecto de la ley dispositiva, en aquello en que las partes no hayan estipulado lo contrario.

A continuación vienen los usos normativos, siguiendo con la pauta anterior, porque es segunda fuente del Derecho (art. 1.°1 y 3), subordinada a la ley. Ha de hacerse la salvedad de que cuando el propio legislador lo autorice, la norma dispositiva será sustituida por los usos [1], lo mismo que cuando las partes lo hayan querido, pues si pueden sustituir aquella norma por sus pactos, no debe haber inconveniente en que lo hagan por los usos.

La buena fe tiene, como uno de los principios generales del Derecho que es, el mismo carácter de éstos: informador (aquí no del ordenamiento sino del contrato) y fuente supletoria de tercer grado (art. 1.°4). Quiere ello decir que la reglamentación contractual, ya integrada por la ley dispositiva o los usos en su caso, origina derechos y deberes cuyo ejercicio ha de atemperarse a la buena fe. Pero también que este principio de buena fe puede imponer a las partes unas obligaciones concretas y específicas, en cuyo caso será supletorio de la ley y del uso normativo.

II. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO

El efecto inmediato de la perfección de un contrato válido consiste en instaurar una reglamentación de la conducta de las partes, con el deber de su observancia.

La eficacia del contrato se despliega, en línea de principio, entre las partes que lo celebran y sus herederos. Dice el párrafo 1.° del artículo 1.275 que «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». No hay, pues, por regla general, eficacia para los terceros, frente a los cuales el contrato es *res inter alios acta,* ni tampoco para los causahabientes a título particular (p. ej., el que adquiere de un comprador nada tiene que ver con el contrato por el que éste adquirió a su vez).

Sin embargo, conviene precisar lo que significa este principio general de la eficacia relativa del contrato. ¿Qué es lo que se dice que no tiene eficacia para terceros? Ante todo, que la reglamentación que crea, con su cortejo de derechos, facultades y obligaciones, no le es aplicable, ni en su provecho ni en su daño *(neque nocet neque prodest).*

Pero una cosa es que el contrato no pueda crear derechos u obligaciones para terceros sin su consentimiento, y otra distinta que estos terceros tengan

[1] Naturalmente, nos referimos a ley dispositiva que contenga una regulación distinta de la de los usos sobre la misma materia (arts. 1.496, p. 1.°, y 1.599 C.c.). El tema no se plantea si la propia ley no regula nada, sino que se remite al uso (arts. 1.496, p. 2.°, 1.574 y 1.579, entre otros, C.c.).

El Código de comercio dispone como norma general la prevalencia de la norma sobre los usos (art. 2.°).

que contar con él y con sus efectos. Los contratos que se van realizando se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos anteriores, esto es un hecho cierto y verificable siempre. Con razón decía IHERING que todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros porque, al igual que ocurre en el mundo físico, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con su entramado.

La eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros se manifiesta ante todo en el deber de respeto de la situación jurídica que crea, que les obliga, *si lo conocen,* a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante [2]. También ha hecho uso el Tribunal Supremo de la regla *nemo iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* para justificar que cuando lo que se transmite es un derecho, el tercero soporta los efectos de los contratos celebrados con anterioridad por el transmitente, si influyen en aquel derecho [3]. En realidad no se trataría propiamente de una eficacia de tales contratos frente a tercero, porque éste ha de adquirir lo que existe y como existe. Por otra parte, la regla «*nemo iuris...*» debe ceder ante otras consideraciones más atendibles. Por ejemplo, las limitaciones nacidas de pactos obligacionales estipulados con anterioridad por el transmitente no pueden afectar a su adquirente, salvo que a ello se haya obligado con aquél, o que, si pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, hayan sido publicadas por él en condiciones de que sean oponibles *erga omnes.* Priman siempre, entendemos, la naturaleza personal de la obligación de donde derivan las limitaciones o la necesaria protección de la apariencia en el tráfico jurídico.

En fin, la regla de la relatividad de los efectos del contrato tiene las excepciones que el propio legislador establezca (vid. arts. 1.280.5.°, en cuanto admite que un acto que se va a realizar por poder puede perjudicar a tercero; 1.526; 1.571, p. 1.°; 1.865).

III. EL CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO

Después de haber proclamado el párrafo 1.° del artículo 1.257 el principio de relatividad de los efectos del contrato en los términos ya estudiados, su párrafo 2.° dice que «si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que aquélla haya sido revocada». Como se ve, la regulación legal de la estipulación en provecho de tercero es pobre, sólo se fija en dos aspectos (revocación y exigibilidad), en contraste con la problemática que surge cuando en una relación jurídica hay más de dos sujetos implicados.

[2] Ss. de 23 de marzo de 1921, 29 de octubre de 1955, 9 de febrero de 1965 y 16 de febrero de 1973.

[3] Ss. de 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984.

El Código civil alude a un contrato en el que se contiene «alguna estipulación» en provecho de tercero. Pero está admitida hoy unánimemente la posibilidad de que todo el contrato se haya hecho para un tercero (p. ej., para el beneficiario de un seguro de vida que otro ha concertado; préstamo a devolver a persona distinta del prestamista).

Para que exista contrato en favor de tercero es necesario que a éste se le atribuya directamente un derecho, con facultad de exigir al obligado. No hay tal contrato cuando se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación, pero sin poder exigirla (S. de 9 de diciembre de 1940).

A) LOS SUJETOS Y SU CAPACIDAD. DETERMINACIÓN DEL TERCERO

Todo contrato en favor de tercero presupone la presencia de tres partes: el promitente, que es el que queda obligado a realizar la prestación en favor de tercero, el estipulante, y el beneficiario o tercero.

El promitente y el estipulante deben tener la capacidad general para contratar y la que imponga en especial el tipo de contrato de que se trate.

El tercero no tiene que poseer capacidad para contratar, puesto que no contrata, sólo necesita capacidad para adquirir derechos. Para emitir la declaración de voluntad de aceptar le será precisa la capacidad natural de obrar, aunque en caso de que la tenga limitada podrán hacerlo sus representantes legales.

El tercero puede quedar totalmente determinado en el momento de la celebración del contrato, o puede ser determinable *a posteriori,* siempre que existan en aquél elementos suficientes para efectuarlo, de cualquier modo que sea (S. de 10 de diciembre de 1956).

B) LA ADQUISICIÓN DEL TERCERO Y SU ACEPTACIÓN

¿Qué papel desempeña la aceptación del tercero? Nuestro Código civil la considera como un presupuesto de la exigibilidad de la estipulación al obligado por ella, pero deja en sombra el momento de la adquisición del derecho por aquél.

La aceptación no es un requisito de la perfección del contrato en el que consta la estipulación en favor del tercero. El contrato es perfecto desde que lo concluyen las partes contratantes, y es de ahí de donde nace la situación jurídica del tercero.

Tampoco es la aceptación presupuesto indeclinable para que nazca el derecho del tercero, ya que existe desde que se perfecciona la estipulación (o contrato en su favor), y por ello, como observó agudamente DE BUEN, el artículo 1.257, párrafo 2.°, habla del «obligado» y no del «promitente» (que hará

o no hará o dará al tercero). La aceptación es solamente un requisito para evitar la eficacia de la revocación del derecho en favor del tercero y envuelve, al mismo tiempo, una voluntad de querer aprovecharse de ella, pues nadie puede enriquecerse sin su consentimiento.

Tampoco puede estimarse el derecho en favor de tercero como propio del que estipuló que se lo cede a aquél después, o simplemente como una legitimación para su ejercicio por el mismo tercero en lugar de su titular (el estipulante) (Ss. de 10 de diciembre de 1956 y 28 de junio de 1961)[4].

La declaración de aceptación es evidentemente de naturaleza recepticia, y ha de dirigirse al obligado, por imperativo del artículo 1.257. Puede ser expresa o tácita (p. ej., el tercero exige la prestación al obligado).

C) La revocación de la estipulación

Sabemos que el tercero puede exigir al obligado el cumplimiento de la estipulación en su favor, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado «antes de que haya sido aquélla revocada». Lógico hubiera sido que se preceptuase la comunicación también al estipulante para privarle del poder de revocación.

El titular del poder de revocación, pese a la indeterminación del párrafo 2.° del artículo 1.257, es normalmente el estipulante, aunque nada impide, precisamente por aquella indeterminación, que se pacte la revocación conjunta por el obligado y el estipulante.

El poder de revocación se transmite a los herederos del estipulante, porque forma parte de la situación jurídica contractual en la que ellos le suceden (cfr. art. 1.257, p. 1.°).

La revocación es una declaración recepticia, que debe ir dirigida al tercero

[4] Según la sentencia de 9 de diciembre de 1940, en el contrato o estipulación es titular en potencia el tercero hasta que cumplida la condición suspensiva de la aceptación, lo adquiera definitiva e irrevocablemente. La sentencia de 10 de diciembre de 1956, confirmada por las de 28 de junio de 1961 y 9 de abril de 1985, declara que «el derecho del tercero se funda en el contrato que determina el contenido, pero no surge perfecto en su persona más que cuando el mismo tercero declare querer aprovecharlo, no tratándose, pues, ni de una aceptación ni de una ratificación, sino de una adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito *(condictio iuris) para que surja el derecho del tercero*». Esta sentencia acusa una influencia de la doctrina de Pacchioni (cuya monografía sobre el tema que nos ocupa se tradujo al castellano en 1948), quien sostuvo que el nacimiento del derecho del tercero precisaba su declaración de querer aprovecharse del contrato celebrado en su favor. Sin embargo, con posterioridad, al plantearse la cuestión de si los herederos del tercero pueden hacer la declaración, afirma que la declaración en cuestión es exigida por la ley para la *perfección* de la adquisición del tercero, no creando nada *ex novo*, por lo que aquellos herederos estaban legitimados para hacerla. Es decir, el derecho en favor del tercero había nacido antes de su aceptación, aunque no es perfecto hasta entonces.

y al promitente. Al primero, porque disminuye su patrimonio por cuanto el derecho se le ha atribuido ya con la estipulación. Al segundo, para que no cumpla la prestación pactada en favor del tercero.

El Código civil deja sin resolver el problema del destino de la prestación que el promitente debería de haber cumplido en favor del tercero si no hubiese intervenido la revocación. Es clara la solución favorable a que su destinatario sea el estipulante si se admitiese que el tercero recibe de este último, pero ya hemos visto que la jurisprudencia rechaza que el derecho sea propio del que estipuló en favor de tercero y posteriormente de éste al cedérselo. Por otra parte, la solución de liberar al promitente en todo caso es injusta. Piénsese en una persona que entrega un capital a Juan para que se obligue a darle a Pedro una renta vitalicia. Si el constituyente de la renta revoca el beneficio, no hay duda de que Juan se enriquecería injustamente si se liberase de la prestación. Por ello creemos debe distinguirse entre los siguientes supuestos: 1.° El contrato entre el promitente y el estipulante es oneroso. El destinatario de la prestación ha de ser el estipulante; 2.° El estipulante ha donado algo al promitente con la carga de realizar una prestación en favor del tercero. La revocación no suprime el ánimo de liberalidad, por lo que el promitente queda liberado. No hay incumplimiento de la carga por voluntad del donatario (caso en el que cabe la revocación de la donación).

D) Los efectos del contrato en favor de tercero

Tales efectos deben analizarse de acuerdo con cada una de las relaciones jurídicas a que da lugar, y que son:

a) *La relación entre estipulante y promitente.* Se la denomina en la doctrina «relación de cobertura», y es la normal relación derivada del contrato entre las partes contratantes. Pueden éstas exigirse entre sí todo aquello a que están obligadas por el contrato (v. gr., el asegurado deberá pagar la prima del seguro; el cargador entregar al porteador la mercancía a entregar a su vez al tercero y pagarle el precio de transporte, etc.).

Esta relación tiene una diferente eficacia antes de que el tercero acepte y después de la aceptación. En el primer caso, las partes pueden poner fin al contrato de común acuerdo (mutuo disenso) o resolver la relación obligatoria por incumplimiento si es sinalagmática. En cambio, después de que recaiga la aceptación del tercero debe entenderse que las vicisitudes modificativas o extintivas de la relación contractual, que sean obra de la voluntad de los contratantes (mutuo disenso, novación extintiva, etc.) serán irrelevantes para el tercero, a menos que la consienta. No quedan, sin embargo, impedidas las acciones o facultades que a cada una de las partes otorga la ley para la defensa de sus pretensiones o de sus derechos (p. ej., resolución por incumplimiento, etcétera).

b) *La relación entre el estipulante y el beneficiario o tercero.* Se la deno-

mina «relación de valuta», y es la situación subyacente que actúa como causa de la atribución que el tercero recibe. El estipulante puede celebrar el contrato o la estipulación en favor de tercero para hacerle una liberalidad *(causa donandi),* para cumplir con una obligación preexistente entre ambos de la que el primero es deudor *(causa solvendi)* o con el fin de recibir de ese tercero otra prestación (v. gr. la suma que entrega el promitente al tercero es un préstamo que hace el estipulante al tercero, y que éste le restituirá: *causa credendi).*

La relación de valuta es irrelevante para el promitente, pero determina las consecuencias que el negocio producirá entre el estipulante y el tercero. Si existe *causa donandi,* deberán aplicarse entre ellos las reglas de la donación (excepto posiblemente las de forma). Si la atribución patrimonial que el tercero recibe tenía una causa onerosa *(causa solvendi* o *causa credendi)* deberá existir entre ambos una lícita relación patrimonial.

Si la causa no existe o se produce su desaparición sobrevenida (por ejemplo, la relación obligatoria en la que el estipulante era deudor del tercero se ha resuelto por incumplimiento de éste), como quiera que el beneficiario recibe una atribución patrimonial sin causa, por regla general el estipulante dispondrá frente a él de una acción de enriquecimiento sin causa.

c) *La relación entre promitente y beneficiario.* Entre ambos queda constituida una relación por la que el tercero ostenta un derecho de crédito, aunque del contrato a favor de tercero puede nacer igualmente un derecho real (p. ej., que obligue a darle paso por su finca).

¿Qué excepciones puede oponer el promitente frente a la acción ejercitada por el tercero? En general, debe entenderse que el promitente puede oponer las derivadas de las condiciones objetivas del derecho del tercero (v. gr., falta de vencimiento, prescripción, etc.) y las que derivan del contrato mismo del que el tercero traiga su derecho (p. ej., el estipulante incumplió el contrato, o es nulo), pero no las que nazcan de cualquier otra relación entre promitente y estipulante (no podrá oponer la excepción de compensación de deudas entre ellos, por ejemplo), y menos aún de las relaciones entre estipulante y tercero (relación de valuta).

d) *El interés del estipulante.* En la relación de valuta se encuentra un verdadero interés del estipulante en el contrato a favor de tercero. El promitente se ha obligado frente al tercero para satisfacer un interés legítimo y digno de tutela del estipulante. Es claro que si el promitente no cumple, no sólo se frustrará el interés del tercero, sino el del propio estipulante. De ahí que consideramos acertada la solución del B. G. B. (parágrafo 328) y del Código civil portugués de 1966 (art. 444), de legitimar no sólo al tercero sino también al estipulante para exigir el cumplimiento al promitente.

IV. LOS CONTRATOS EN DAÑO DE TERCERO

Dentro del cuadro de excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los supuestos en que un contrato puede producir efectos en relación con los terceros, pueden situarse los llamados «contratos en daño de tercero». Se alude con esta denominación a las hipótesis en que al celebrar un contrato, y precisamente a causa de su celebración, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona. El daño es la violación de un derecho subjetivo concreto.

> Así, por ejemplo, los acuerdos contractuales que violen un pacto de exclusiva, cuando el concedente de la misma contrata dentro de la zona asignada con un contratante distinto del exclusivista, que es el que tenía derecho de vender, por ejemplo, sus productos dentro de aquella zona.

Admitido ya sin discusión por la doctrina y jurisprudencia el deber de respetar las situaciones jurídicas ajenas (obligacionales o reales), es evidente la posibilidad de que un contrato las lesione cuando uno de los contratantes es sujeto pasivo de ellas (el concedente de la exclusiva, que perjudica al concesionario si está vendiendo a otros en la zona reservada a éste para vender su producción, sentencia de 29 de octubre de 1955; la cantante que, pese a estar ligada con una exclusiva que ha otorgado a una casa discográfica, contrata con otra la grabación de una serie de canciones, sentencia de 23 de marzo de 1921; el que, no obstante saber que el que le transmite un negocio estaba obligado a ofrecérselo primero a otro, lo adquiere, sentencia de 16 de febrero de 1973).

La responsabilidad en que incurre el que es parte en el segundo contrato y sujeto pasivo del derecho subjetivo lesionado es clara: responsabilidad contractual por incumplimiento. La del que contrata con él debe establecerse en función de que conociese o no que se producía la lesión, respondiendo en el primer supuesto por la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902. Ambos deben indemnizar solidariamente los perjuicios. Si son conscientes de que a través del contrato lesionan un derecho ajeno es un contrato con causa ilícita, el perjudicado estará legitimado en todo caso para solicitar su nulidad absoluta. Actúan inmoralmente porque, a pesar de ser conscientes de las consecuencias de su acto, lo celebran.

V. EL CONTRATO A CARGO DE TERCERO

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 de un 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 promisario ha producido. Es, en otras palabras, una prestación de garantía la que asume el promitente frente al promisario.

El promitente queda liberado de su obligación cuando el tercero acepte cumplir respecto del promisario, y también cuando ese tercero ha muerto o devenido incapaz para realizar lo que aquél prometió antes de que haya aceptado. 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.

VI. EL CONTRATO POR PERSONA A DESIGNAR

Es aquel contrato, normalmente de compraventa, opción o promesa bilateral de compra y venta, en el que uno de los contratantes, que llamamos estipulante, se reserva la facultad de designar en un momento posterior y dentro del plazo al efecto prefijado o susceptible de fijación (art. 1.128), a una tercera persona (el designado), que en el momento de la celebración es desconocida o ha quedado indeterminada, quedando con ella ligada la otra parte que llamaremos prominente. Es en nuestro Derecho un contrato que no está sometido a regulación, siendo, por tanto, atípico.

Inicialmente, pues, la relación se establece por el contrato entre el promitente y el estipulante. Una vez hecha la elección, el estipulante sale de la escena jurídica y ocupa su lugar al designado o elegido.

La elección debe ser notificada al promitente, y aceptada por el designado (a menos que el estipulante haya celebrado el contrato con un poder previo de representación suyo, que le autoriza a obrar por su cuenta, no también en su nombre).

El designado debe tener la capacidad necesaria para celebrar el tipo de contrato al que accede. El estipulante no puede designar a una persona incapaz ni a una persona respecto a la cual existe una prohibición de contratar (p. ej., las personas a quienes el artículo 1.459 prohíbe comprar). Excepto en los casos en que el estipulante obre con un poder de representación, en los demás aquellos presupuestos subjetivos han de darse en el momento en que el designado accede a la elección. El que los efectos para él del contrato se produzcan desde el día de su celebración no significa otra cosa que la naturaleza retroactiva de los efectos de su elección y aceptación.

Si la elección no se hace, o se hace en términos que no son los acordados entre el promitente y el estipulante, éste es el que quedará definitivamente obligado.

La figura ha sido estudiada desde el punto de vista de la práctica notarial española por VALLET DE GOYTISOLO. Parte del supuesto repetidamente dado en la realidad de un contrato privado de compraventa en el que el comprador concierta con el vendedor que la escritura pública se otorgará a su nombre o a la de la persona que designe. A esta escritura pública las partes le dan un valor de tradición, requisito imprescindible para la adquisición del dominio en nuestro derecho (art. 1.462). Por otra parte, el vendedor no otorgará ésta hasta que haya sido pagado la totalidad del precio concertado. En otras palabras, lo normal es que el comprador haya cumplido sus obligaciones respecto del vendedor para que éste otorgue la escritura pública. Entiende VALLET que habrá una sola transmisión de propiedad, que se operará directamente del vendedor a la persona designada. El comprador nada ha adquirido si la subroga en su posición antes de que exista tradición. En cambio, afirma, si ha intervenido ésta con anterioridad (piénsese en que, pese a estar documentada la venta en documento privado, el vendedor hace entrega de la cosa al comprador, cosa no prohibida en modo alguno por nuestro ordenamiento), el comprador ya ha adquirido el dominio, y aunque el vendedor otorgue la escritura pública posteriormente a favor del designado, habrá doble venta.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

DE BUEN: *La estipulación en provecho de tercero,* R. G. L. J., 1923, p. 193; DE CASTRO: *Derecho civil de España,* I, Madrid, 1949, p. 393; *Contrato por persona a designar,* A. D. C., 1952, p. 1.369; GARCÍA AMIGO: *Integración del negocio jurídico,* R. D. N., 1980 (núm. 107), p. 117; GULLÓN BALLESTEROS: *La promesa del hecho ajeno,* A. D. C., 1964, p. 5; *En torno a los llamados contratos en daño de tercero,* R. D. N., 1958 (abril-junio), p. 111; MARTÍN BERNAL: *La estipulación en favor de tercero,* Madrid, 1958; PACCHIONI: *Los contratos en favor de tercero,* trad., esp., Madrid, 1948; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Estipulaciones en favor de tercero,* en «Estudios de Derecho privado», vol. I, p. 210; VALLET DE GOYTISOLO: *Contrato de compraventa a favor de persona a determinar,* A. A. M. N., t. 7.

7. LA CONDICION, TERMINO Y MODO EN RELACION CON LOS EFECTOS DEL CONTRATO

I. LA CONDICION: CONCEPTO Y NATURALEZA

Atendiendo al párrafo 1.º del artículo 1.113 C.c., la condición consiste en la dependencia de los efectos del contrato, «de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren». La incertidumbre es característica propia de la condición: no se sabe si el evento se realizará o no (incertidumbre objetiva); no se sabe si se realizó o no (incertidumbre subjetiva). Por eso es criticable la expresión legal «futuro o incierto», porque parece indicar que lo mismo un suceso futuro de realización segura que un suceso futuro pero de realización incierta son aptos como condición.

La condición afecta a la producción de los efectos negociales, no al negocio en sí mismo considerado. El que la condición querida no se realice no puede borrar el hecho de que han existido declaraciones de voluntad negociales, esto es un suceso histórico. Así creemos que lo entiende el precepto anteriormente citado cuando refiriéndose a la condición suspensiva en una obligación, dice que «su cumplimiento» depende de aquélla, no su existencia.

La condición no es en rigor un elemento accidental del contrato. Ciertamente que lo mismo que se ha condicionado se podía no haberlo hecho, no la exige el tipo negocial al que las partes han acudido para satisfacción de sus intereses, pero no lo es menos que la reglamentación contractual se quiere bajo el presupuesto de que se cumpla un determinado evento o no se cumpla (según que la condición sea positiva o negativa). Por eso puede afirmarse que forma parte de la propia declaración de voluntad negocial [1].

La condición no se presume, por lo que requiere la prueba de su existencia por quien la alega (S. de 27 de abril de 1983 y las que cita).

A) Clases

De acuerdo con la regulación del Código civil de la obligación condicional es posible distinguir las siguientes clases:

a) *Suspensivas y resolutorias.* El criterio de distinción legal es el de la

[1] Federico de Castro *(El negocio jurídico,* Madrid, 1967, pp. 211-212) observa otro significado de la condición: como causa suficiente del negocio. El cumplimiento del evento sería causa suficiente para hacer cumplir la promesa que se ha hecho bajo ella (promesa hecha a determinada persona o al público en general).

incidencia del evento condicionante en los efectos negociales. En la suspensiva, *la adquisición* de los derechos dependerá del acontecimiento que constituya la condición. En la resolutoria, *la pérdida* de los derechos ya adquiridos (art. 1.114). Por tanto, en la condición suspensiva el contrato existe desde luego, pero permanece en suspenso su eficacia. En la resolutoria, se generan efectos *ab initio,* y lo que ocurre es que se resuelven.

Es posible, sin embargo, aislar un tercer modo de funcionamiento de la condición, en el cual el evento condicionante, en lugar de determinar la entrada en vigor o la pérdida de la vigencia de la total reglamentación negocial estatuida por las partes y, por consiguiente, de la relación nacida del negocio, afecta a una parte de la misma, por ejemplo, sobre una concreta estipulación o sobre un determinado pacto. Piénsese en el caso de que se celebre un contrato de compraventa de un terreno, estipulando un precio determinado, pero que en el contrato se diga que si el volumen de la Administración Pública autoriza para edificar es superior al previsto, se habrá de pagar un precio proporcionalmente mayor. El negocio en cuanto tal negocio no queda suspendido, ni tampoco resuelto, a virtud de la condición. Lo que ocurre es que, por decirlo así, el negocio tiene un contenido variable para cada una de las posibles hipótesis. En rigor, el evento condicionante lo que hace es prever, establecer variantes alternativas dentro de una misma reglamentación general.

b) *Condiciones potestativas, casuales y mixtas.* Esta distinción se basa en la naturaleza del evento puesto como condición. Es *potestativa* cuando consiste en un hecho dependiente de la voluntad de uno de los sujetos del negocio jurídico; es *casual* si depende de circunstancias extrañas a aquella voluntad («de la suerte o de la voluntad de un tercero», dice el art. 1.115); y es *mixta,* como su mismo calificativo indica, cuando tiene en parte naturaleza potestativa y en parte casual (te donaré X si te casas con Juana).

La condición potestativa consiente una subdivisión en puramente potestativa y simplemente potestativa. Si el artículo 1.115 del Código civil dice que la condición cuyo cumplimiento dependa de la *exclusiva* voluntad del obligado anula la obligación de que dependa, es admisible que no se dé este efecto cuando no haya esa dependencia exclusiva. La línea de demarcación no es siempre fácil de establecer, porque ambas dependen de la voluntad. Parece acertada la doctrina que ve en la primera una voluntad de la que nace un acto que es indiferente realizar (si te saludo, si quiero, etc.), mientras en la segunda operan sobre la voluntad una serie de motivos que son de libre estimación, pero que representan intereses, dificultades o apetencias a tener en cuenta para mover aquélla en un sentido o en otro (si hago un viaje alrededor del mundo, si escalo esa montaña, el deudor que se obliga a pagar cuando pueda, etc.).

c) *Condiciones imposibles, ilícitas e inmorales.* También esta clasificación se relaciona con la naturaleza del evento puesto como condición.

La condición imposible es aquélla en la que el evento no es verificable por causas físicas (te daré mil si coges el cielo con la mano) o jurídicas (te daré mil si Juan alcanza la mayoría de edad a los quince años).

Las condiciones ilícitas e inmorales son las que resultan de un evento cuya realización es contraria a leyes imperativas, orden público o buenas costumbres. Hay que advertir que la ilicitud o inmoralidad se refieren a que determinen una voluntad a cometer el acto prohibido o inmoral. Así, por ejemplo, si A dona a B mil si estalla una guerra entre dos países no es una condición inmoral porque es un hecho que escapa a la voluntad de B.

Las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales anulan la obligación de que dependan (art. 1.116). Que anulen el negocio jurídico *inter vivos* en su totalidad es problema que ha de resolverse teniendo en cuenta la solución que le demos (y que más adelante se estudiará en tema de ineficacia del contrato) a la cuestión de si la nulidad de singulares disposiciones o cláusulas lo anula por completo o solamente la cláusula afectada. Si todo el negocio se halle condicionado, queda anulado.

Si la condición fuese la de no hacer una cosa imposible se tendrá por no puesta (art. 1.116, p. 2.°)

d) *Condiciones positivas y negativas*. En principio, una condición se suele llamar «positiva» cuando la eficacia del negocio se hace depender del hecho de que ocurra algún suceso, mientras que la condición se considera «negativa» cuando se hace depender de que el suceso no acontezca. Mas esta idea es engañosa, pues el lenguaje espontáneo permite expresar en forma gramaticalmente positiva y negativa un mismo suceso, pues v. gr., a un donatario o legatario se le puede decir que percibirá el objeto donado o legado si contrae matrimonio y se le puede decir también que lo percibirá si no permanece soltero. El carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al terreno de la estructura o de la consistencia de los hechos previstos como eventos condicionantes. Desde este punto de vista es posible distinguir sólo un evento condicionante que consista en una alteración del estado de cosas existentes en el momento de la celebración del negocio o un evento condicionante que consista en su permanencia inalterable.

B) La situación jurídica del contrato condicional

Se halla en una situación jurídica de pendencia, que origina una indeterminación transitoria de los sujetos de los derechos y obligaciones que pueden nacer (De Castro).

Pensemos en los siguientes ejemplos: *a)* Juan promete a Pedro que le regalará un piso si obtiene la licenciatura en Derecho: *b)* Antonio regala a Faustino su piso de Madrid, pero bajo la condición resolutoria de que volverá a su propiedad si el Estado le destina a esa ciudad. Mientras no acontezca el evento o eventos condicionantes no sabemos si Pedro o Antonio, respectivamente, serán titulares de un derecho de propiedad sobre el piso. Pero en previsión de su cumplimiento hay que organizar jurídicamente las cosas para que, llegado el momento, sean efectivamente titulares del piso.

La normativa que regula esta fase de pendencia se halla inspirada en el principio de protección del titular eventual (Pedro o Antonio) al que el Código civil llama acreedor condicional, y su contenido es el siguiente:

1.° El acreedor condicional puede ejercitar las ocasiones procedentes para la conservación de un derecho (art. 1.121).

2.° Los derechos eventuales son transmisibles *inter vivos* o *mortis causa* y embargables. Los que derivan sus derechos de sus titulares se hallan sujetos también al mismo evento condicionante.

3.° El deudor condicional no pierde sus poderes dispositivos, pero como su titularidad se halla amenazada por el cumplimiento de la condición, los adquirentes serán afectados si acaece o sucede. Así, Juan, que ha prometido donar, o Faustino, al cual se le ha donado ya bajo condición resolutoria, pueden enajenar o hipotecar el piso antes de que se verifique la condición, pero el adquirente o acreedor hipotecario están expuestos a las consecuencias que produce esa verificación, dado su efecto retroactivo. Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto de que conozcan el carácter claudicante de la titularidad del disponente.

C) La duración máxima de la fase de pendencia de la condición

¿En qué tiempo debe cumplirse la condición? En nuestro Derecho positivo contemplan este problema los artículos 1.117 y 1.118 C.c., que distinguen según que exista o no una expresa fijación del tiempo dentro del cual deba cumplirse el evento condicionante.

Si la condición es que «ocurra algún suceso» en tiempo determinado, el contrato (o la estipulación que de ella dependa) queda ineficaz desde que pasare el tiempo o fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar. Así lo dice el artículo 1.117 para la condición positiva, y el artículo 1.118 para la negativa (aunque aquí el contrato queda eficaz).

El problema se plantea en todos aquellos casos en los cuales las partes no han establecido expresamente un período de tiempo dentro del cual la condición debe cumplirse. ¿Qué debe ocurrir entonces? Los antecedentes históricos de la cuestión en el Derecho romano son favorables a una espera indefinida. La condición, se dice, puede siempre ser cumplida. Según esta dirección no habrá más que dos posibles hipótesis de purificación del negocio: la realización de la condición y su sobrevenida imposibilidad. En nuestro Derecho, sin embargo, el párrafo 2.° del artículo 1.118 C.c. ordena que la condición debe reputarse cumplida en el «tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar atendida la naturaleza de la obligación». La regla obliga a una interpretación de la voluntad de las partes conforme con la naturaleza y finalidad del negocio y con los intereses que a través de él los particulares hubieran querido reglamentar.

D) El cumplimiento de la condición: la retroactividad

La situación jurídica que se produce al cumplirse la condición se regula bajo el principio de la retroactividad en cuanto a las obligaciones de dar nacidas del contrato al día de su perfección. Respecto de las de hacer o no hacer, los Tribunales han de determinar, en cada caso, los efectos de la retroactividad (arts. 1.121 y 1.123).

La retroactividad, calificada usualmente de ficción jurídica [2], es regulada en el Código civil a propósito de la obligación de dar, pero no se ocupa de la suerte de los actos de disposición o de administración que han podido llevarse a cabo durante la situación de pendencia por el titular del derecho amenazado del cumplimiento de la condición, o por el titular del derecho eventual (o expectativa) también durante aquella fase.

Como consecuencia de la retroactividad, el titular de la expectativa se convierte en titular de un derecho perfecto desde el día de la perfección del contrato, y de ahí que los actos de disposición que haya realizado en el ínterin son actos de disposición sobre tal derecho perfecto. En cambio, si quien los efectuó fue el titular amenazado del cumplimiento de la condición, quedan ineficaces, salvo que los adquirentes estén protegidos por el principio de la apariencia jurídica (ignorancia no culpable de las circunstancias de la titularidad). Una excepción se reconoce en cuanto a los negocios de administración, que se mantienen pese a la retroacción, porque aprovechan al nuevo titular, impidiéndose así que quede abandonada o descuidada en su conservación la cosa. Pero precisamente por ello ha de administrarse con buena fe. Faltando ésta, o no llevándose con la misma diligencia que se pondría si la obligación eventual de entrega no existiese, caben dos soluciones: o indemnizar de daños y perjuicios con mantenimiento de la validez de los negocios de administración, o el nuevo titular no está obligado a pasar por ellos. Esta útlima solución es la que cuenta con el favor legal (art. 1.520).

La retroacción se divide en *real y obligatoria*. La primera supone que las partes, al cumplirse la condición, se encuentran sin más en la misma situación jurídica que si no hubiesen condicionado el negocio. Es automática, opera *ipso iure*. Así, por ejemplo, se entiende que el adquirente bajo condición suspensiva ha sido propietario desde que se realizó el negocio condicional y el enajenante dejó de serlo desde ese momento. La retroacción *obligatoria* mantiene válido y eficaz todo lo ocurrido *pendente conditione*, pero las partes quedan *obligadas* a colocarse en la situación creada por el advenimiento de la condición. En el ejemplo anterior, al adquirente bajo condición suspensiva hay que

[2] Observa Barbero *(Contributo alla teoria de la condizione*, Milán, 1937, pp. 34 y ss.) qué es incorrecta la calificación de ficción jurídica. En el orden jurídico no existen ficciones, sino realidades jurídicas, que pueden o no coincidir con la realidad natural o histórica, pero tiene poder para ordenar que ni una ni otra sean tenidas en cuenta.

transmitirle efectivamente la propiedad de la cosa para que pueda ostentar la propiedad sobre ella pues el mero cumplimiento de la condición no le hace propietario.

La retroacción real es la seguida en la regulación legal de la condición. De ahí que la simplemente obligatoria, como excepción, deba ser objeto de voluntad expresa en la figura negocial creada por las partes (vid. la sentencia de 21 de octubre de 1967). Por otra parte, la normativa de la retroacción es dispositiva, no imperativa (vid. art. 1.120, p.1), y por ello las partes pueden configurarla como quieran.

E) El llamado cumplimiento ficticio de la condición

De acuerdo con el artículo 1.119, «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Esta regla tiene su fundamento en la consideración de que la celebración de un negocio condicional impone a las partes un deber de comportamiento de acuerdo con la buena fe a fin de que el evento condicionante pueda desenvolverse con normalidad según las expectativas previstas. No bastará una mera tentativa, sino que el cumplimiento de la condición quede impedido.

Por lo que se refiere a la conducta del obligado, el texto del artículo 1.119 parece contundente en el sentido de que el impedimento del cumplimiento de la condición debe ser *voluntario*, consciente.

El impedimento debe provenir de aquella parte para quien sea desventajoso el cumplimiento de la condición. A ello se refiere el artículo 1.119 cuando señala como autor del impedimento al «obligado», en otros términos, a quien si se cumple la condición, se convierte en deudor.

F) La *conditio iuris*

La doctrina ha discutido largamente la posibilidad de que existan, junto a las condiciones voluntarias, las condiciones legales o *conditio iuris*.

La *conditio iuris* supondría la subordinación de la eficacia del negocio jurídico, por disposición de la ley, al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto.

Sin embargo, la denominación de *conditio iuris* es impropia, porque no es tal condición parificable a la condición voluntaria. Esta es extraña, marginal, al supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico reconoce efectos jurídicos. Estos efectos penden del evento condicionante, que, repetimos, es marginal o exterior. En cambio, en la impropiamente denominada *conditio iuris* nos encontramos ante elementos que forman, por voluntad del ordenamiento, parte del supuesto de hecho requerido para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos. Es un presupuesto legal de eficacia del negocio. Se inserta

en el esquema formal previsto por la ley para determinados tipos de negocios. Una donación sometida a condición no es un supuesto de hecho en el que la condición forma parte de él. Está aislada del esquema formal y legal de la donación, porque la ley no la requiere. En cambio, si el tutor necesita autorización judicial para repudiar una herencia dejada al pupilo, el supuesto de hecho (repudiación de la herencia) no está completo sin esa autorización.

II. EL TERMINO

El término indica el momento temporal en que finalizan o se inician los efectos del negocio jurídico. A diferencia de la condición, que supone un acontecimiento futuro e incierto, el término se refiere a un momento futuro, pero cierto, y lo mismo que aquélla, es un requisito de eficacia de la voluntad negocial, en cuanto que los efectos del contrato se desplegarán o cesarán al llegar el momento temporal fijado.

Ese momento puede designarse con la mención de un día (25 de diciembre, etc.), pero también por la fijación de un evento que se producirá necesariamente, aunque se ignore cuándo: la muerte de una persona, v. gr. De ahí la fundamental distinción entre término *certus an et quando* y *certus an et incertus quando*. El primero significa que se sabe que el momento llegará y también cuándo ocurrirá. El segundo, que se sabe su llegada, pero se ignora cuándo.

A) CLASES

a) *Término inicial y término final.* El inicial marca el comienzo de los efectos del negocio. El final, la extinción de los mismos.

b) *El término esencial.* El término esencial indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación ejecutada fuera de ese término no satisface el interés que aquel negocio estaba llamado a producir (el encargo de un traje para una primera comunión o una boda, como casos típicos). Cumplir la prestación con posterioridad equivale a un auténtico incumplimiento.

B) LA SITUACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DURANTE LA PENDENCIA DEL TÉRMINO

El contrato existe desde su perfección, aunque los derechos y eventuales obligaciones que del mismo nacen se encuentran aplazados en su ejercicio (cuando es a término inicial). La titularidad sobre el derecho subjetivo (propiedad, usufructo, crédito, etc.), objeto del negocio aplazado, la ostenta el titular actual y el futuro, *pro rata temporis*. Esa característica —dice DE CASTRO— origina su peculiaridad: es necesario combinar el respeto al poder actual del titular con la seguridad de las facultades que sobre el mismo derecho se otorgan para el futuro al otro titular. Armonía que se rompe cuando la conducta del primero pone en peligro el poder que corresponderá al segundo, por lo que el ordenamiento jurídico, en ciertos casos, hace desaparecer ese peligro decretando la extinción del beneficio del plazo, dando la posibilidad al titular del derecho futuro de ejercitarlo como puro (arts. 1.129 y 1.915 C. c.).

El titular futuro puede transmitir su derecho *inter vivos o mortis causa*, quedando sujeto el sucesor a las mismas limitaciones —nacidas del término— a que estaba sometido su antecesor. Igualmente es embargable con esas restricciones.

El titular futuro está legitimado para ejercitar acciones tendentes a la conservación de su derecho (art. 1.121, por analogía).

Estas consideraciones se aplican a los negocios jurídicos con término final.

III. EL MODO

El modo implica una carga o gravamen que acompaña siempre a una liberalidad o a una institución de heredero y legado. Históricamente se ha desenvuelto en este campo y ha servido para cumplir las más variadas finalidades, fundamentalmente las que no podían obtener satisfacción a través de los esquemas o fórmulas que brindaba el ordenamiento jurídico a los particulares. Así, por ejemplo, en el Derecho romano se eludía la prohibición de estipular en provecho de una tercera persona ajena a la estipulación imponiendo a una de las partes la carga de realizar una prestación a favor de ésta.

El gravado con el modo está obligado a cumplir una determinada conducta, a seguir un cierto comportamiento. *Esta obligación que asume al aceptar la libertad no es su contraprestación,* no es un equivalente al sacrificio que representa para el disponente su atribución patrimonial como en los negocios onerosos. La atribución sigue siendo gratuita, y lo que ocurre es que en su causa (liberalidad) se causaliza también el propósito de obtener un determinado resultado.

El modo, pues, es una prestación que ha de cumplir el destinatario de una atribución gratuita, impuesta por el que la realiza (disponente). El ordenamiento jurídico únicamente consiente su juego en la donación y en la institución de heredero o legatario, por lo que allí se estudiará su problemática.

La figura del modo se relaciona con la eficacia de ellas, pues si no se cumple *puede* producirse la revocación o devolución de lo adquirido (arts. 647 y 797), y no está subordinada la adquisición al cumplimiento del gravamen.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALVAREZ VIGARAY: *La retroactividad de la condición,* A. D. C., 1964, p. 860; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *En torno a la condición potestativa,* R. D. P., 1963, p. 215; DÍEZ-PICAZO: *El tiempo en el cumplimiento de la condición,* en «Estudios Castán Tobeñas» t. III, p. 196; FALZEA: *La condizione e gli elementi del negozio giuridico,* Milán, 1941; MOISSET DE ESPANÉS: *Notas sobre dos elementos accidentales de la relación jurídica: el plazo y la condición,* en Libro Homenaje a Tirso Carretero, Madrid, 1985, p. 341; PELAYO HORE: *Sobre la condición resolutoria,* R. D. P., 1948, p. 526; TORRES DE CRUELLS: *La medida cautelar del artículo 1.121 del Código civil,* A. D. C., 1959, p. 1.220; VALLET DE GOYTISOLO: *Donación, condición y conversión jurídica material,* A. D. C., 1952, p. 1.205.

Sobre el término: CARDENAL FERNÁNDEZ: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones,* Madrid, 1979; DÍEZ-PICAZO: *El pago anticipado,* R. D. M., 1959, I, p. 37; FERNÁNDEZ-NOVOA: *Término esencial,* A. D. C., 1954, p. 737; MONTÉS PENADÉS: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 15, vol. 2, Madrid, 1983.

Sobre el modo: CASTÁN TOBEÑAS: *El modo en los actos jurídicos,* R. D. P., 1918, p. 91; 1919, p. 102; 1921, p. 211; LUNA SERRANO: *Disciplina del modo testamentario imposible,* A. D. C., 1968, p. 109; TORRALBA SORIANO: *El modo en el Derecho civil,* Madrid, 1967.

8. INEFICACIA DEL CONTRATO

I. LA INEFICACIA EN SENTIDO GENERAL Y SUS DIVERSAS CATEGORIAS

La ineficacia del contrato es la no producción de los efectos queridos, y significa una sanción, si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción por su irregularidad, en tanto que hay una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el contrato tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial).

La ineficacia como sanción de un contrato irregular se produce cuando la norma la impone expresamente o, en su defecto, cuando la reclama su significado y finalidad, lo que implica un problema previo de interpretación de dicha norma (*Vid.* S. de 10 de noviembre de 1964).

Atendiendo a la regulación del Código civil, el contrato puede ser:

1) Nulo absoluto y radicalmente. Es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico preceptúa, porque niega al negocio la posibilidad de producir consecuencias jurídicas: *quod nullum est nullum effectum producit*. Como categoría distinta se contrapone, por alguna jurisprudencia y cierta doctrina, la de la inexistencia.

Un contrato inexistente sería aquel en que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio de la compraventa, la merced en el arrendamiento, etc.), lo que impide identificarle o, en términos generales, carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio (el contrato celebrado por un menor incapaz de entender y querer; el contrato celebrado a nombre de otro sin su representación o autorización, etc.).

El concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad —*pas de nullité sans texte*—, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes —la identidad del sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico—, que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta expresamente por la Ley.

No es en modo alguno pacífica la admisión de esta categoría. En contra puede alegarse que es inútil desde el momento en que no da lugar a unas consecuencias jurídicas distintas de la nulidad radical. Carece también de necesidad, ya que la nulidad no es preciso que esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija su significado y finalidad.

2) Anulable simplemente. Es un tipo de ineficacia que se llama relativa y se caracteriza porque el contrato produce sus efectos desde el momento de su perfección, como cualquier otro negocio normal o regular. Pero esos efec-

tos son claudicantes, es decir, que la eficacia negocial se destruye por el ejercicio de la acción de anulabilidad o bien se hace definitiva por la confirmación del mismo negocio (que lo sana del vicio del que adoleciera) o la caducidad de aquella acción (no se ejercita en el plazo legal).

3) Rescindible. La rescisión es la ineficacia sobrevenida de un contrato al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni hay vicio en ellos, como tampoco adolece de ausencia de algunos de los presupuestos que su tipo negocial (venta, arrendamiento, etc.) requiere. Pero por razón del perjuicio que supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico concede una acción (acción rescisoria) para hacer cesar su eficacia. Posee como cualidad destacada la de ser un remedio *in extremis,* ya que sólo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio.

Además de estas categorías, existen las denominadas *resolución* (v. gr., por imcumplimiento de una de las partes), *revocación* (p. ej., donación que se revoca por ingratitud del donatario) y *reducción,* que supone pérdida parcial de los efectos (así, una donación que perjudica la legítima). En todos estos casos se produce una extinción total o parcial del negocio por causas sobrevenidas.

Un sector de la doctrina distingue entre ineficacia e invalidez del contrato. Se dice que es inválido un contrato cuando falta alguno de sus elementos (v. gr., no hay causa) o está viciado (defecto de capacidad de una de las partes, dolo o error en la formación de su voluntad, etc.). En cambio, ineficaz en sentido estricto es un contrato en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, pero impide su eficacia una causa extrínseca a él (incumplimiento de la condición suspensiva a que estaba condicionado, resolución por incumplimiento o revocación del mismo permitida por la ley, etcétera).

Pero tal distinción no parece admisible. No es lo más grave la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido. Es que, además, en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no la hay, sino, por el contrario, expresión más cumplida de la eficacia: así, por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un contrato. En todos estos casos es plenamente eficaz, despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia, sino extinción sobrevenida de la relación o situación contractual.

II. LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO.

a) *Concepto, caracteres y causas.*—Un contrato es nulo radicalmente cuando no produce efectos jurídicos. Es la máxima sanción del ordenamiento jurídico para cuando, por poner los ejemplos más relevantes e indiscutidos de nulidad absoluta:

1.° Se han traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego

de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1.255).

2.° El contrato carece de los requisitos esenciales del artículo 1.261 o de los que el ordenamiento jurídico imponga por razón del tipo negocial concreto.

3.° El contrato tiene causa ilícita (art. 1.275).

La nulidad impide que el contrato despliegue los efectos correspondientes a su tipo *ab initio,* y no puede subsanarse por la convalidación ni por el transcurso del tiempo. Lo único que cabe es hacerlo de nuevo, renovarlo.

b) *La apreciación de oficio de la nulidad.*—La acción de nulidad no es imprescindible ejercitarla siempre, porque el vicio va ínsito en el mismo contrato. De ahí que las partes pueden actuar como si éste no existiera, como si estuviesen en la misma situación preexistente a su celebración. Pero el recurso a la acción es necesario cuando alguna de ellas, sus sucesores o causahabientes pretenden ejercitar un derecho sobre la base del contrato nulo, estimándolo como válido y plenamente eficaz, o porque interesa obtener la declaración de ineficacia por ser un obstáculo para el ejercicio de un derecho. La sentencia no innova ni constituye una nueva situación jurídica, sino que pone de manifiesto la ineficacia que afectaba al contrato desde su celebración.

Es doctrina jurisprudencial que la nulidad radical y absoluta opera *ipso iure,* es automática, por lo que puede ser declarada de oficio por los Tribunales sin necesidad de petición expresa de parte (Ss. de 27 de mayo de 1949, 29 de octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983). pero para que se haga esa declaración han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en su celebración, o sus sucesores o causahabientes, porque nadie puede ser condenado sin haber sido oído, salvo que la nulidad por violación de un precepto legal sea clara y patente (Ss. de 7 de marzo de 1972 y 5 de abril de 1986).

c) *Legitimaciones activa y pasiva.*—La legitimación activa para el ejercicio de la acción es muy amplia. Se reconoce en favor de los que celebraron el contrato, sucesores *y terceros interesados en que se declare la nulidad* (Ss. de 12 de abril de 1955 y 14 de noviembre de 1986).

Demandados o legitimados pasivos son los que celebraron el contrato o sus sucesores.

d) *Efectos de la nulidad absoluta.*—Como principio general hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código civil: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses.» Disposición que parece estar pensada para una compraventa nula, pero aplicable a todas las situaciones de nulidad contractual (Ss. de 7 de enero de 1964 y 22 de noviembre de 1983).

La restitución que ordena el artículo 1.303 ha de hacerse *in natura.* No obstante, según el artículo 1.307, cuando «el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el *valor* que tenía la cosa cuando se perdió,

con los intereses desde la misma fecha». Es una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo cuando las partes estén mutuamente obligadas a la restitución. Señala GARCÍA GOYENA que en ningún contrato bilateral u obligación recíproca el que no cumple la suya puede exigir el cumplimiento del otro contratante, *«y lo mismo debe observarse en las sentencias»*. Por ello el artículo 1.308 dice que «mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad está obligado, no puede ser compelido el otro a cumplir por su parte lo que incumbe». Según la sentencia de 30 de enero de 1960, lo preceptuado en este artículo sólo puede tener efectividad en el momento de ejecutar el fallo. En otras palabras, no impide el ejercicio de la acción de nulidad.

La nulidad tiene una tendencia propagadora, es decir, alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo (S. de 13 de abril de 1988). Sin embargo, dada la carencia de una norma positiva, no se pueden dar principios generales, y la decisión de cuándo existe aquella dependencia queda a criterio del juzgador. Parece que la nulidad de los negocios posteriores se declarará cuando existe *una unidad intencional* que presida la celebración de los mismos, en suma, cuando el anterior sea causa o razón suficiente de la celebración del posterior (S. de 10 de noviembre de 1964).

e) *Excepciones a la obligación de restituir. Los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil.*—La obligación de restitución encuentra como excepciones las establecidas para los casos en que sea ilícita la causa u objeto del contrato constituyendo delito o falta (art. 1.305) o ser la causa torpe, pero sin constituir delito o falta (art. 1.306).

Según el artículo 1.305, cuando la nulidad proviene de ser ilícita la causa u objeto, se observarán las siguientes reglas:

1.ª Si el hecho constituye un delito o falta común a ambas partes, las mismas carecen de acción entre sí, se procederá contra ellas (responsabilidad penal) y se dará a las cosas o al precio que hubiesen sido materia del contrato la aplicación prevenida en el Código penal respecto de los efectos o instrumentos del delito o falta. La declaración de si los hechos constituyen o no delito o falta corresponde sólo a la jurisdicción penal (S. de 26 de noviembre de 1955).

2.ª Cuando exista delito o falta por parte de uno solo de los contratantes, el que sea culpable no podrá reclamar el cumplimiento de lo que hubiese sido prometido, ni tampoco repetir lo que él mismo haya entregado. En cambio, el no culpable puede reclamar la restitución de lo que él hubiera dado sin estar obligado a cumplir lo que hubiera prometido. Se enriquece, por tanto, si el culpable ha cumplido.

Para el supuesto de que el hecho en que consista la causa torpe no constituyere delito o falta, se establecen las siguientes reglas en el artículo 1.306.

1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro le hubiese prometido.

2.ª Cuando la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiese ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido [1].

El artículo 1.306 habla de causa torpe, que creemos que no se identifica con la causa contraria a la moral exclusivamente, sino con el de ilicitud en los términos del artículo 1.275, que no constituya delito o falta [2]. Pero, para evitar la aplicación del precepto por las consecuencias no siempre justas que de él derivan, se tiende a circunscribir la causa torpe a la inmoralidad.

f) *Efectos de la declaración de nulidad frente a terceros.*—Hasta aquí hemos hablado de los efectos de la declaración de nulidad entre las partes. Pero no por ser la acción de nulidad de carácter meramente personal dejará de perjudicar a terceros que deriven sus derechos del negocio nulo. Todas las titularidades que en él se apoyan se verán afectadas, y la obligación de restitución de la cosa, por ejemplo, alcanzará al tercer adquirente, siempre y cuando: 1.º Haya sido demandado. 2.º No esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o por el artículo 464.1.º, del Código civil o, en general (admitiendo el juego de la apariencia en favor de tercero como principio general), cuando no haya adquirido de buena fe y a título oneroso (cfr. Ss. de 22 de diciembre de 1955, 3 de junio de 1953 y 16 de febrero de 1973).

g) *Plazo de ejercicio de la acción. Paralización de los efectos restitutorios.*—La acción de nulidad es imprescriptible. No obstante, si al amparo de un título nulo se ha adquirido la posesión, sobre ella se fundamentará una usucapión, es decir, la posibilidad de adquirir un dominio real por el transcurso del tiempo marcado en la ley (S. de 27 de febrero de 1964), situación que no podrá ya ser removida cuando se ejercite la acción de nulidad con sus efectos restitutorios normales después de transcurridos los años fijados por la ley en materia de usucapión.

Es problema discutido, cuyo análisis lo efectuaremos en el volumen III de este *Sistema,* dedicado a los derechos reales, si el título nulo cumple el requisito del título que, aparte de la posesión, exige el Código civil para la usucapión ordinaria, de plazos más abreviados, o si en tal supuesto únicamente cabe la usucapión extraordinaria, que se fundamenta exclusivamente en la posesión,

---

[1] La sentencia de 16 de octubre de 1959 declara que el artículo 1.306 «contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo sin compensación de adverso». No parece exacta esta doctrina, pues el precepto no hace esta distinción, limitándose a decir que ninguno podrá repetir lo que hubiera dado, pero sin exigir que ambos estuviesen obligados a ello, o que ambos hubiesen dado.

[2] Los artículos 1.305 y 1.306 reproducen con ligerísimas variantes los artículos 1.192 y 1.193 del Proyecto de 1851, que GARCÍA GOYENA aplica en los casos de causa ilícita. En efecto, al hacer el comentario del artículo 998, actual 1.275, dice: «Véanse los artículos 1.192 y 1.193». También hay jurisprudencia que acepta esta dirección (Ss. de 27 de febrero y 10 de noviembre de 1964 y 27 de noviembre de 1984).

de plazos más largos. Baste con indicar ahora que la jurisprudencia se inclina a esta última tesis.

A) Aplicación subsidiaria de las reglas del cobro de lo indebido a la regulación de la nulidad

Hasta aquí hemos expuesto la normativa sobre los efectos restitutorios de la acción de nulidad, pero cabe plantear si no debe ser complementada por las del cobro de lo indebido cuando el *accipiens* ha de restituir al *tradens*. Ante todo, la necesidad de complementarla se deriva de la insuficiencia que padece su regulación; por ejemplo, no se dice nada acerca de las mejoras, gastos o accesiones hechas en la cosa que hay que volver a entregar, o la pérdida de ésta por caso fortuito. También por su injusticia si se interpreta literalmente, pues resulta que cualquier poseedor de mala fe restituye frutos percibidos y debidos percibir (art. 455), y en el artículo 1.303 sólo los percibidos, y si es de buena fe no restituye ni ésos (art. 451).

Acudir a las normas del cobro de lo indebido se justifica si se piensa que el poseedor del artículo 1.303 posee con un título nulo, por lo que su situación es paralela a la del que cobra indebidamente una cosa; no tiene título porque hay una *datio* sin causa [3].

Ahora bien, la declaración de la nulidad de un contrato no lleva implícita la mala fe, ni es inseparable la una de la otra, sino que es preciso, según la jurisprudencia, prueba especial para destruir la presunción establecida por la Ley, que supone la buena fe aun en los contratos nulos (Ss. de 27 de octubre de 1932 y 10 de febrero de 1970).

B) Excepción de nulidad

La nulidad no sólo puede ser hecha valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción, sino también por la vía de excepción frente a quien demanda en base a un contrato nulo absolutamente. Lo mismo que la acción, la excepción es imprescriptible.

[3] La jurisprudencia no es uniforme. La sentencias de 17 de febrero de 1922, 10 de febrero de 1970 y 14 de junio de 1976 son partidarias de la liquidación del estado posesorio según la buena o mala fe del poseedor con título nulo. En cambio, las de 1 de febrero de 1974 y 27 de junio de 1977 optan por la interpretación literal del artículo 1.303. Una correcta dirección marca la sentencia de 31 de octubre de 1984, que encuadra el artículo 1.303 dentro de las normas del cobro de lo indebido, porque se paga cosa que nunca se debió si el contrato se declara nulo.

C) La conversión del contrato nulo

Puede decirse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato nulo, que contiene sin embargo los requisitos sustanciales o de forma de otro contrato, puede salvarse de la nulidad, quedando transformado en éste.

Se distingue entre una conversión formal y otra material. Hay conversión formal cuando el negocio es nulo bajo la forma en que se ha hecho, pero válido en cuanto tiene en sí otra querida por la ley (art. 715). Es material, en cambio, si el nuevo en que el primitivo puede transformarse pertenece a otro tipo.

En el artículo 715, el tipo negocial no cambia. No habrá ciertamente testamento cerrado, pero sí testamento ológrafo. En cambio, si un contrato de fianza fuese nulo y pudiese convertirse en otro por el que una persona (el ex fiador) prometiese a otra (el acreedor) que un tercero (deudor) realizará la prestación prometida, indemnizando daños y perjuicios en caso contrario, la conversión sería material, cambiaría el tipo negocial: en lugar de un contrato de fianza tendríamos el de promesa del hecho de un tercero, con unos efectos jurídicos distintos.

El problema se plantea en los supuestos en que la propia Ley no imponga la conversión material. La formal debe entenderse que es querida por las partes, porque el negocio no cambia.

En cada caso concreto se impone una tarea interpretativa de la voluntad de las partes. Hay que averiguar si éstas habrían querido que el fin práctico perseguido se realizase a través de otro tipo contractual o negocial o, por el contrario, únicamente quisieron el contrato tal y como fue realizado. En la búsqueda de esa voluntad hipotética ha de servir de guía la buena fe del artículo 1.258, que lleva a proclamar que cada parte puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato, y si ello no es posible, aquellas otras que nacen del que pueda surgir de su conversión (Mosco).

La mutación del negocio nulo por otro válido requiere que el primero tenga los requisitos que fundamentan la validez del nuevo. No puede obligarse a las partes a que, por virtud del principio de conservación del negocio y dada la nulidad del celebrado, tengan que dar vida con nuevas declaraciones de voluntad a otro válido.

D) La nulidad parcial y la sustitución de cláusulas nulas

Si el contrato se compone de una serie de pactos, cláusulas o estipulaciones, y alguna o algunas de ellas son nulas, ¿es posible la amputación de esa parte anulada manteniendo la integridad del resto?

Aunque en nuestro Código civil no existe un precepto general, no hay duda de que de numerosas disposiciones concretas puede llegarse a establecer un

principio general favorable a la nulidad parcial[4], en el sentido de que no repugna al concepto de contrato el que éste se mantenga en parte y no en su totalidad, y a afirmar la regla general favorable a la presunción de nulidad parcial, salvo que la parte que alegue su nulidad total pruebe que sin el pacto o cláusula el negocio no puede cumplir el fin empírico perseguido. El reclamo del principio general de conservación del contrato da todavía más consistencia a estas afirmaciones.

Cuando la cláusula, estipulación o pacto del contrato sea nulo por contravenir una ley imperativa, la regulación que ésta marque viene a sustituir a la querida por las partes, en aras de la conservación del negocio y del cumplimiento de la finalidad social de tal ley, generalmente beneficiosa para un contratante. Esa sustitución operará tanto si la ley así lo dispone como si calla sobre este punto. De lo contrario, bastaría que un contratante la incumpliese pactando lo contrario a lo que ella dispone para tener en su mano la posibilidad de que se decretase la nulidad del contrato.

III. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO.

a) *Concepto, caracteres y causas.*—Así como en la nulidad teníamos *ab initio* una ineficacia estructural del contrato que impedía que produjese sus efectos, en la anulabilidad la ineficacia es sobrevenida. Es la declaración judicial de nulidad la que priva de efectos al contrato por encontrarse viciado por alguna de las causas que señala el artículo 1.301 del Código civil. Pero son contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1.261. Por eso a la anulabilidad se la denomina también nulidad relativa, porque depende exclusivamente de la actuación de la acción por el titular del interés protegido, único al que se la concede la ley, el que lleguen a destruirse los efectos del contrato *ab initio*.

La anulabilidad es medida protectora del que ha sufrido un vicio en su voluntad al contratar (error, dolo, violencia o intimidación), o del que contrata siendo así que posee una capacidad de obrar restringida (menor, personas sometidas a tutela) o sin el consentimiento del otro cónyuge cuando lo exige la ley (art. 1.301)[5]. De acuerdo con el artículo 293, son también anulables los

[4] Arts. 641, 737, 767, 786, 793, 794, 814, 856, 1.116 (en cuanto que no dice que las condiciones ilícitas anulan todo el negocio, sino únicamente «la obligación que de ellas dependa»), 1.155, 1.260, 1.316, 1.317, 1.476, 1.608. La sentencia de 10 de octubre de 1977 acepta la dirección favorable a la nulidad parcial salvo que se pruebe que la voluntad de las partes era la de no querer el negocio sin la parte nula. Igual las de 27 de noviembre de 1983 y 17 de octubre de 1987.

[5] Respecto a los menores, el contrato que celebren es anulable siempre que tengan capacidad natural de entender o de querer. En otro caso, serán nulos absolutamente por falta de consentimiento (art. 1.261).

actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuanto ésta sea preceptiva, a instancias del propio curador o de la persona sujeta a curatela.

b) *Legitimaciones activa y pasiva.*—La acción de nulidad es imprescindible ejercitarla siempre para destruir la eficacia que, aun claudicante, está desplegando el contrato. No se olvide que estamos ante un contrato válido, aunque susceptible de impugnación.

La legitimación activa para su ejercicio la poseen exclusivamente los obligados principal o subsidiariamente (v. gr., fiador) por el contrato[6]. Pero las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con los que contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato (art. 1.302).

Los contratos celebrados por los menores o incapacitados podrán ser anulados por sus representante legales.

Los contratos que un cónyuge realiza sin contar con el consentimiento del otro cuando lo requiera la ley, sólo podrán ser anulados por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos (art. 1.322). El co-contratante tampoco podrá ejercitar la acción de anulabilidad, pero le corresponde contra el cónyuge contratante una facultad de resolución contractual por incumplir éste su deber de procurar que el negocio reúna los requisitos y presupuestos necesarios para lograr la plenitud de sus efectos (Ss. de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964).

Legitimados pasivamente lo serán todos los afectados por la acción de nulidad, es decir, en principio la otra parte contratante o sucesores y causahabientes.

c) *Efectos de la anulabilidad.*—Son los mismos que estudiamos en su momento de la acción de nulidad absoluta (S. de 8 de abril de 1967), con dos excepciones: 1.ª No rigen los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil. 2.ª Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera (art. 1.304). Por eso, si lo gastó en forma no útil o prudente no deberá restituir. No basta, por tanto, el mero ingreso de las cosas en el patrimonio del incapaz.

La prueba del enriquecimiento del menor o incapacitado corresponde a la persona capaz (S. de 9 de febrero de 1949).

d) *Plazo de ejercicio de la acción.*—La acción de anulabilidad tiene un plazo de ejercicio de cuatro años, que comenzará en la forma que determina el artículo 1.301 (véase). Es plazo de caducidad y no de prescripción, en cuanto que con la acción se pretende la modificación de una situación jurídica.

[6] Alguna corrección requiere el artículo 1.302 en cuanto al obligado subsidiario (fiador) por obligación contraída por menor o incapacitado. Del régimen legal de la fianza se deduce que dicha obligación no puede ser anulada por el fiador, ni puede excepcionar con esa misma nulidad frente a la reclamación del acreedor (artículo 1.824).

Alguna referencia conviene hacer al plazo respecto de los contratos celebrados por menores o incapacitados. Según el artículo 1.301, «cuando la acción se refiere a los contratos celebrados por menores o incapacitados, desde que salieren de tutela». La alusión a la tutela se relaciona con los negocios hechos por el incapacitado o por el mismo menor, si no está sometido a la patria potestad y sí a aquélla, pero la regla se aplica también si hay sujeción a patria potestad.

Si bien los contratos a que aludimos están amenazados desde ese momento hasta el transcurso de cuatro años, no por ello se impide que el representante legítimo del menor o incapacitado inste su nulidad antes, o incluso los confirme, sanando así el vicio de que adolecen, siempre que lo haga subsistiendo la situación de la representación legal. Por eso el plazo de cuatro años se relaciona exclusivamente con la legitimación activa del mismo menor o incapacitado una vez que adquieren la plena capacidad de obrar.

El régimen expuesto será aplicable, en virtud del artículo 293, a los actos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva. Los pueden anular la persona sujeta a curatela o el propio curador.

Se extinguirá la acción de nulidad cuando la cosa, objeto del contrato, se hubiese perdido por dolo o culpa *del que pudiera ejercitar aquélla* (art. 1.314, p. 1.°). Si la causa de la acción fuere la incapacidad del contratante, únicamente es relevante para aquel efecto la pérdida por dolo o culpa *después* de haber adquirido la capacidad (art. 1.314, p. 2.°).

A) La excepción de anulabilidad

El que está legitimado para ejercitar por vía de acción la nulidad, también lo está para defenderse contra el que reclama el cumplimiento de un contrato anulable excepcionando su nulidad [7].

Esta excepción no debe estar sometida al plazo de caducidad de cuatro años. Admitir lo contrario supondría una solución injusta, porque a la parte no legitimada (v. gr., el que actuó con dolo) le bastaría entonces con no exigir el cumplimiento del contrato hasta pasados los cuatro años para beneficiarse indebidamente. Las excepciones subsisten mientras el contrato no se haya cumplido o empezado a cumplir. Obsérvese, además, que todo el régimen legal del Código civil sobre la acción de nulidad de los contratos está estructurado sobre el presupuesto de que hay que restituir prestaciones, es decir, *sobre un contrato que ha producido efectos*. Por lo tanto, la excepción debe lógicamente tener un plazo de caducidad bajo el mismo presupuesto.

[7] La jurisprudencia niega que el cónyuge pueda atacar los actos que el otro cónyuge haya hecho sin su consentimiento a través de la excepción; ha de accionar (Ss. de 25 de mayo de 1987 y 6 de octubre de 1988).

B) La confirmación del contrato anulable

Es la declaración de voluntad de la parte legitimada para ejecitar la acción de nulidad por la que convalida el contrato inválido, que produce como efecto la extinción de la acción de nulidad del mismo (art. 1.309).

Esta declaración de voluntad tiene efectos sin necesidad del concurso de la otra parte (art. 1.312).

a) *Clases*. La confirmación puede ser expresa o tácita (art. 1.311). La expresa es una simple declaración de voluntad de convalidación, que no exige en nuestro Código civil ninguna forma especial. La tácita es la que se realiza por un comportamiento concluyente. Para el artículo 1.311 hay confirmación tácita cuando se ejecuta un acto «que implica necesariamente la voluntad de renuncia (a la acción)».

b) *Requisitos*. Del artículo 1.311 se desprende que para que la confirmación sea eficaz es necesario que el confirmante tenga conocimiento de la causa de nulidad y que ésta haya cesado.

El conocimiento es el de las faltas que vician el contrato. En cuanto a la exigencia de que la causa de nulidad haya cesado es evidente, porque de lo contrario la declaración de voluntad estaría lo mismo de viciada que el contrato.

c) *Efectos*. La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (art. 1.313), por lo que los efectos producidos son definitivos.

Si la confirmacion posee eficacia retroactiva puede perjudicar a un tercero que ha realizado un contrato con el titular de la facultad de confirmación por el que haya adquirido algún derecho sobre el objeto del contrato anulable. Nuestro Código civil no contiene ningún precepto como el Código francés (art. 1.338) o italiano de 1.865 (art. 1.309), que salvan siempre los derechos de terceros, por lo que la eficacia de la confirmación es absoluta.

> A, inducido por dolo a vender a B, celebra después un contrato de venta con C. Si confirma el primer contrato, perjudicará a C, cuya adquisición dependía de que aquél se impugnase, quedase privado de efectos.
>
> Naturalmente, ello no obsta para que nazcan responsabilidades de A frente a C, si éste desconocía la situación anterior. Al confirmar el contrato, la situación jurídica de la otra parte del mismo queda firme. Pero no hay duda de que mientras ello no suceda, el titular de la acción de anulabilidad tiene también una acción restitutoria, y pensando en su resultado ha podido realizar negocios jurídicos con terceros (p. ej., venta, constitución de derechos reales), que deben estar subordinados o condicionados al ejercicio con éxito de aquellas acciones. La confirmación los frustra.

IV. LA RESCISION DEL CONTRATO

a) *Concepto, caracteres y causas.*—Atendiendo a la regulación del Código civil (arts. 1.290-1.299), la rescisión es el remedio jurídico para la repara-

ción de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida. El contrato es válido, pero en razón de aquel perjuicio, y siempre que no haya otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción rescisoria.

La rescisión es medida excepcional y subsidiaria. El artículo 1.290 dice que «los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley», y el artículo 1.294 señala que «la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». Pero nada impide que se ejercite conjuntamente con otra acción, para el supuesto de que no fuese acogida ésta.

El artículo 1.291 establece los siguientes contratos susceptibles de rescisión:

1.° Los que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a quienes *representan* hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

En la actualidad, y debido a la reforma de la tutela en 1983, ha de entenderse que los contratos rescindibles son los que está facultado el tutor para realizarlos sin autorización judicial. El tutor ha de obrar en representación del pupilo.

2.° Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior. Han de ser contratos que el representante pueda llevar a cabo sin necesidad de autorización judicial, puesto que el artículo 1.296 excluye de la rescisión «los contratos celebrados con autorización judicial», precepto que hoy hay que extender, por la reforma de la tutela, a los del tutor con autorización judicial.

Tanto en este caso como en el del número 1.° se trata de lesión económica de cierta entidad, que ha de apreciarse en el momento de la celebración del negocio, dada las fluctuaciones del valor de las cosas.

La rescisión de un contrato por motivos económicos es tan excepcional en el Código civil, que el artículo 1.293 dispone que «ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de lo casos mencionados en los números 1.° y 2.° del artículo 1.291». Ello es una manifestación de la ideología liberal propia de la época. Sin embargo, el artículo 1.074 señala como causa de rescisión de la partición hereditaria la lesión económica en más de la cuarta parte atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Esta misma rescisión se aplica a otros negocios jurídicos particionales, como la división de cosa común (art. 406); la disolución de la sociedad (conyugal) de gananciales (art. 1.410); la liquidación de la sociedad civil (art. 1.708).

3.° Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe. Se regulan con la rescisión contractual los actos del deudor en fraude de sus acreedores, es decir, se desarrolla la acción pauliana mencionada en el último inciso del artículo 1.111, por lo que estudiaremos la cuestión en la teoría general de las obligaciones.

4.° Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

Estos contratos son rescindibles porque pueden suponer un obstáculo para la efectividad de la sentencia. Por ejemplo, al enajenar la cosa cuya propiedad está en litigio, el vencedor en el pleito corre el riesgo de que la ejecución de la sentencia que ordene entregársela sea imposible por haber pasado a poder de tercero.

> No obstante, si se trata de un bien inmueble, cuando la demanda relativa a su propiedad, o a la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real no se ha anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad (art. 42.1.° L.H.), el tercero que adquiera de buena fe, a título oneroso e inscriba su adquisición está inmune a la rescisión (art. 34 L. H.).

¿Cuándo el bien es litigioso? El Código civil, a propósito del derecho de adquisición que concede al deudor cuando se enajena por su acreedor el crédito litigioso, dice que «se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo» (art. 1.535, p. 2.°). Fuera de este caso, la jurisprudencia sigue la teoría de la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (Ss. de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965), lo que es más justo, pues no depende de la voluntad del demandado el comienzo del plazo.

5.° Cualesquiera otros que especialmente lo determine la ley.

Sin embargo, ha de observarse que el Código civil utiliza en numerosas ocasiones la terminología de rescisión para denominar acciones que tienden a destruir la eficacia de actos o negocios jurídicos por causas distintas de la lesión económica (arts. 645, 1.454, 1.595, 1.818, etc.). Una vez más se revela su falta de tecnicismo.

b) *Legitimaciones activa y pasiva.*—Como la rescisión supone privar de eficacia a un contrato válido *ab initio,* es evidente que debe ser ejercitada la acción para lograr esta finalidad: no hay rescisión automática.

La legitimación activa corresponde exclusivamente al perjudicado y sucesores. El artículo 1.295, párrafo 1.°, dice que el que pretenda la restitución ha de poder «devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». Este condicionamiento de la legitimación activa, explicable por el carácter restitutorio de la acción, no es aplicable lógicamente a la rescisión de los contratos en fraude de acreedores, ni a los de enajenación de cosas litigiosas. En ambos, los legitimados (acreedores y demandante, respectivamente) nada han adquirido, luego nada tienen que devolver.

La legitimación pasiva la tienen: el tutor y el que ha contratado con él; el representante del ausente y el que ha contratado con él; el deudor insolvente y el que ha cooperado a su insolvencia; el demandado que enajena la cosa litigiosa y el que con él ha contratado. Además, sus respectivos sucesores y los

adquirentes de mala fe de cualquiera de aquéllos (arts. 1.295, p. 2.°, *a contrario,* y 1.298).

c) *Efectos de la rescisión.*—La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses (art. 1.295, p. 1.°, que en realidad está pensado para un contrato de compraventa que se rescinde)[8].

El demandado de rescisión puede optar entre consentirla o indemnizar el perjuicio (art. 1.077 por analogía). MANRESA excepciona el artículo 1.291.4.° por sus especiales características.

La acción rescisoria se transforma en una indemnización de daños y perjuicios «cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe» (art. 1.295, p. 2.°). En este caso, debe indemnizar «el causante de la lesión» (art. 1.295, p. 3.°).

Obsérvese que las cosas han debido transmitirse a un tercer adquirente (el art. 1.295 dice *terceras personas),* cualidad que no tienen los que contratan con el tutor y representante del ausente. Este y el pupilo han contratado con aquéllos a través de sus representantes legales, por lo que no son terceros.

Es dudosa, en cambio, la cuestión respecto al que adquiere al demandado la cosa litigiosa, aunque parece que el Código civil no condiciona la rescisión más que al hecho objetivo de que la cosa sea litigiosa. Por tanto, el adquirente de ese adquirente es el que cuenta a los efectos del artículo 1.295.

La buena fe junto con una posesión legal son los dos requisitos que se exigen al tercer adquirente para que no se vea obligado a devolver. Nada se dice de si ha de haber adquirido por cualquiera de los medios permitidos por la ley (esto es lo que significa el «hallarse legalmente» en poder de la cosa) a título oneroso o gratuito. Aplicando la doctrina que expondremos al tratar de la acción pauliana, que es la rescisión por fraude de acreedores, el título gratuito será siempre vulnerable a la rescisión.

d) *Plazo de ejercicio de la acción.*—Es de caducidad, en tanto se tiende a la modificación de una situación jurídica existente, que *dura cuatro años.* Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, empieza desde que haya cesado la incapacidad o sea conocido el domicilio de los segundos (art. 1.294). Respecto de los contratos que se refieran a cosas litigiosas no dice nada el Código civil, por lo que será aplicable la regla general: el plazo comienza a transcurrir desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969), que será desde que el demandante conozca el contrato.

[8] La devolución de los frutos e intereses plantea el mismo problema que vimos a propósito del artículo 1.303 al estudiar los efectos de la declaración de nulidad del contrato.

V. INEFICACIA CONTRACTUAL Y ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La ineficacia contractual puede producir otros efectos aparte de la nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato. Nos referimos con ello a la posibilidad de que el contratante perjudicado obtenga una reparación de daños y perjuicios.

Cuando el contrato es nulo absolutamente, el contratante de buena fe, es decir, quien desconocía o podía razonablemente desconocer la causa de nulidad, debe ser indemnizado de los perjuicios que le ha producido la celebración de un contrato en tales circunstancias, si no eran, o no debían serlo, desconocidas de la otra parte. Incurre ésta en culpa *in contrahendo* al no advertir (conducta contraria a la buena fe) a aquélla.

El que contrata con un vicio en su voluntad producido por la contraparte (dolo, violencia o intimidación)[9], ¿podrá pedir daños y perjuicios además de la anulación? Es lógico pensar que sí, pues no se ve razón para que ambas acciones sean incompatibles. En el artículo 1.124 del Código civil se concede una acción de resolución junto con una acción de indemnización. Además, no es válido el argumento de que anulado el contrato quedan salvados todos los perjuicios, porque esto no es cierto en muchas ocasiones[10].

Otro tanto cabe decir en las hipótesis de rescisión. El contratante de buena fe debe ser indemnizado. Su caso, por otra parte, es el más análogo, por lo menos, al del artículo 1.124 citado.

La obligación de indemnizar (el interés negativo) se funda en todos los casos en la responsabilidad precontractual: en la formación del contrato se halla el origen de la nulidad. En cambio, en la rescisión del contrato cabe pensar en otorgar a la parte perjudicada una indemnización más amplia, el interés contractual positivo, como si se hubiera dado una resolución por incumplimiento. No se olvide que los contratos rescindibles son contratos *válidos.* La indemnización debe abarcar todo aquello a lo que tendría derecho si el contrato hubiese sido plenamente eficaz.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BONET CORREA: *Los actos contrarios a las mismas y sus sanciones,* A. D. C., 1976, p. 309; DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico,* Madrid, 1967; DE LOS MOZOS: *La inexistencia del negocio jurídico,* R. G. L. J., 1960, p. 486; DELGADO ECHEVARRÍA:

[9] El error es relevante, aunque sea inexcusable, si la otra parte lo advirtió o pudo advertirlo (Ss. de 27 de octubre y 13 de marzo de 1951 y 16 de noviembre de 1956). Responderá, pues, esta parte, de daños y perjuicios.

[10] COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil,* Madrid 1955, pp. 365 y ss.

en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 17, vol. 2, Madrid, 1981; CERDÁ OLMEDO: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans,* R. D. P., 1980, p. 1.187; CLAVERÍA GONSÁLVEZ: *La confirmación del contrato anulable,* Bolonia, 1977; COSSÍO Y CORRAL: *El dolo en el Derecho civil,* Madrid, 1955; DELGADO ECHEVARRÍA: *La anulabilidad,* A. D. C., 1976, p. 1.021; DÍEZ-PICAZO: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico,* A. D. C., 1961, p. 809; GORDILLO CAÑAS: *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal,* A. D. C., 1975, p. 101; *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos,* Madrid, 1986; GULLÓN BALLESTEROS: *La confirmación,* A. D. C., 1960, p. 1.195; MORENO QUESADA: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 17, vol. 2, Madrid, 1981; SERRANO ALONSO: *La confirmación de los negocios jurídicos,* Madrid, 1976.

II

LA RELACION OBLIGATORIA

9. LA RELACION OBLIGATORIA

I. EL CONCEPTO JURIDICO DE OBLIGACION

Nuestro Código civil dedica el cuarto y último de los libros de que consta a establecer el régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos. El título primero de dicho libro (arts. 1.088-1.253) contiene una reglamentación general de las «obligaciones». Esta reglamentación se abre con un texto (art. 1.088), según el cual «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

El concepto de obligación, que en los preceptos citados aparece, es el resultado de una larga tradición histórica procedente del Derecho romano, donde la obligación se definió ya como *vinculum iuris*. La obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por éste es debido (prestación). Al mismo tiempo, como medida complementaria, el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta o el segundo polo es la posición del deudor. El deudor es sujeto de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta.

Como situación de dos polos, la «obligación» es una relación jurídica (relación obligatoria). La relación obligatoria es un cauce o un instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y, más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios. Por ello puede definirse diciendo que es: «La relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra, o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación.»

En cuanto relación jurídica, la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Es —como dice LARENZ— un «organismo» o un «proceso social». Es, en suma, una situación vital institucionalizada. De ello deriva el que todos los derechos, facultades, deberes, cargas, etc., aparezcan orgánicamente agrupados en torno a la relación. Una relación obligatoria es, en suma, la total relación jurídica que liga, por ejemplo, a un comprador con un vendedor, a un arrendador con un arrendatario, a un mandante con un mandatario, etc. No es exclusivamente el derecho de un contratante a exigir y el deber del otro de realizar una prestación.

II. DEUDA Y RESPONSABILIDAD

La existencia en la obligación de dos elementos distintos ha sido puesta de relieve por los historiadores al estudiar los textos del Derecho romano y del Derecho germánico. Toda obligación comprende —se dice—, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda *(debitum, Schuld)* indica el deber de realizar una prestación. La responsabilidad *(obligatio, Haftung)* es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor. Goza éste de un poder de agresión sobre su patrimonio, para la satisfacción forzosa de su interés (art. 1.911 C. c.).

Si bien en períodos históricos anteriores, la deuda y la responsabilidad han podido funcionar separadamente —se podía deber y no ser responsable o se podía ser responsable sin deber—, en el Derecho moderno no ocurre lo mismo. Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye bajo una y otra forma un caso de responsabilidad.

Sin embargo, un sector de autores ha pensado en la existencia de hipótesis en que deuda y responsabilidad aparecen como fenómenos independientes y autónomos.

A) DEUDA SIN RESPONSABILIDAD: LAS OBLIGACIONES NATURALES

El concepto de obligación natural se delineó en el ordenamiento jurídico romano como un supuesto en que no había derecho a exigir el cumplimiento, pero producía unas consecuencias jurídicas, siendo la fundamental la imposibilidad de repetir o reclamar la devolución de lo pagado. Frente al número cerrado de obligaciones naturales que se dicen admitidas por el Derecho romano, la doctrina moderna va identificando obligación natural como obligación moral o de conciencia, dirección en la que han destacado juristas franceses, sobre todo RIPERT. Ya POTHIER decía que la obligación natural es la que en el fuero del honor y de la conciencia obliga al que la ha contraído.

En realidad, como dice GIORGIANNI, la obligación natural no constituye una relación jurídica, es un deber moral o social: la norma se ocupa de ella sólo con el fin de dar eficacia a la transmisión patrimonial que los sujetos realizan para cumplir un deber de tal naturaleza.

En nuestro Derecho civil, un destacado sector de la doctrina estima que el cumplimiento de estos deberes, con su correspondiente exclusión de la repetición, puede hallar su sanción en el artículo 1.091. En este precepto, frente a quien reclama la devolución de lo indebidamente pagado por no existir causa que justificase el desplazamiento, el *accipiens* puede oponer que había causa de liberalidad u «otra justa causa». Esta expresión se considera que abriga la obligación natural.

Otras veces se ha acudido a diversos preceptos del Código civil para fundamentarlos en la existencia de una obligación natural: v. gr., pago de lo perdido en juego ilícito, artículo 1.798; pago de intereses en un préstamo civil sin estar estipulados expresamente, artículo 1.756; pago de una deuda prescrita. En ellos, el ordenamiento niega acción al que paga para repetir, pero no creemos que sea por efecto de una obligación moral, sino que pueden tener explicaciones en el propio sistema positivo. No poder reclamar lo que se ha pagado en un juego ilícito, es consecuencia de la denegación de acción cuando el contrato tiene causa torpe o ilícita (arts. 1.305 y 1.306); no poder reclamar los intereses pese a no existir pacto expreso sobre la obligación de pagarlos, puede deberse a que el Código civil presuma que se convino aquel pacto; el pago de deuda prescrita se explica fácilmente si se recuerda que la prescripción no es más que una facultad que la norma concede al deudor para que la excepcione frente a la reclamación del acreedor, pero no transforma la obligación civil en otra distinta.

La jurisprudencia ha reconocido la obligación moral como causa lícita para asumir una obligación civil, cuyo cumplimiento impone en consecuencia [1]. En este punto es interesante la observación de OPPO de que la inmoralidad del hecho no significa inmoralidad de las obligaciones que de él puedan derivarse. Es inmoral la seducción, pero moral la obligación que pueda contraer el seductor de auxiliar a la seducida.

B) RESPONSABILIDAD SIN DEUDA

Se dice que todas las veces en que alguien garantiza una deuda ajena, asume la responsabilidad, pero que no debe. Asume una responsabilidad si el deudor no cumple simplemente.

Pero en rigor el garante está también obligado, bien en grado subsidiario, bien al mismo nivel que el propio deudor (si la fianza es solidaria). El artículo 1.822 dice, refiriéndose al primer supuesto, que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste». El fiador, pues, es un *obligado* al pago, y sólo en su defecto el acreedor podrá dirigirse contra su patrimonio.

C) DEUDA CON RESPONSABILIDAD LIMITADA

Es posible, en lugar de gozar el acreedor de un poder de agresión contra todo el patrimonio de su deudor cuando incumple el deber que pesa sobre él,

[1] Ss. de 17 de octubre de 1932, 5 de mayo de 1958 y 6 de marzo de 1976.

quede aquél circunscrito a ciertos y determinados bienes (cfr. art. 140 L.H.). Pero aquí estaríamos ante una cobertura incompleta de la deuda y no ante una disociación entre deuda y responsabilidad.

III. LA PATRIMONIALIDAD COMO ELEMENTO DE LA OBLIGACION

Existe una vieja polémica acerca de si es esencial o no al concepto de obligación que la prestación debida tenga un carácter o un contenido patrimonial. La doctrina tradicional, encabezada por SAVIGNY, exigía, efectivamente, la patrimonialidad como requisito de la obligación. Este punto de vista estaba íntimamente relacionado con el sistema de ejecución propio del Derecho romano, donde la obligación, al ser exigida judicialmente, tenía que convertirse a través de una estimación en una cantidad de dinero.

El Derecho moderno, sin embargo, admite la ejecución específica sin necesidad de trasladar a dinero la obligación, por lo que con esta base se ha negado que la prestación haya de ser necesariamente patrimonial. Basta que responda a un interés serio y digno de tutela, aunque no tenga valor económico. Sin embargo, se ha señalado que un *facere* incoercible, es decir, que no pueda ser obligado el deudor a ejecutarlo contra su voluntad, que no tuviese posible traducción económica para indemnizar al acreedor por el incumplimiento, es algo que queda fuera del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la prestación en sí misma puede no tener valor patrimonial siempre que vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de una cláusula penal a pagar por el deudor en ese puesto. Piénsese también en una indemnización en los casos en que el incumplimiento origine un daño moral al acreedor. Igualmente es admisible la existencia de una prestación sin contenido patrimonial dentro de una relación obligatoria en la que hay relaciones patrimoniales (p. ej., el inquilino se obliga a no introducir perros o gatos en la casa arrendada, o a no ejercer en el local de negocio arrendado determinado tipo de actividades). Al estar inserta esa prestación en aquel conjunto de prestaciones de carácter patrimonial sigue el régimen del contrato, por lo que su violación será una violación de la ley del contrato.

Fuera de estos casos, nos encontramos ante una figura distinta de la verdadera y propia obligación si la prestación no tuviese equivalente patrimonial.

IV. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

En nuestro Derecho positivo, una enumeración de las fuentes de obligaciones se contiene en el artículo 1.089 del Código civil. Este precepto dice que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los

actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

Aparecen de esta manera cinco fuentes distintas de las obligaciones:

1.ª La Ley (art. 1.090). Respecto de ella, el Código dice que las obligaciones derivadas de la ley no se presumen, que sólo son exigibles las expresamente determinadas en el Código o en leyes especiales y que se regirán por los preceptos de la ley que las haya establecido, y en lo que ésta no hubiera previsto, por las disposiciones contenidas en el libro cuarto del propio Código.

2.ª El contrato (art. 1.091). El Código dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y que deben cumplirse al tenor de los mismos.

3.ª Los cuasi contratos. El Código los define, en el artículo 1.887, como «los hechos lícitos y voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y, a veces, una obligación recíproca entre los interesados». Sitúa el Código bajo esta rúbrica la llamada gestión de negocios, cuando alguien se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste (arts. 1.888 y ss.) y la obligación de restituir que tiene quien ha cobrado algo que no se le debía (arts. 1.895 y ss.).

4.ª Los delitos y las faltas (art. 1.092). Son considerados por el Código como fuente de la obligación de restituir las cosas objeto del delito y de la obligación de resarcir los daños y reparar los perjuicios causados por él. Estas obligaciones se rigen por lo dispuesto en el Código penal.

5.ª Los actos y omisiones en que interviene culpa o negligencia (art. 1.093). El Código los regula en los artículos 1.902 y siguientes, donde se establece la obligación de indemnizar que se impone al que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia. Estos son llamados delitos o cuasi delitos civiles, en los que falta la tipicidad del delito o falta penal. No se enuncian por ello taxativamente en el Código civil.

El artículo 1.089 tiene un alcance sistematizador, no normativo[2]. Atendiendo a sus fundamentos, cabría encontrar dos grandes fuentes o grupos de fuentes: el primero es la autonomía privada entendida como poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas; el segundo, inversamente, está constituido por la soberanía del Estado, creando entre los particulares relaciones obligatorias, sin contar para ello con la voluntad de éstos.

La primera fuente de relaciones obligatorias está constituida por el negocio jurídico, como cauce de expresión de la autonomía privada. El más típico de los negocios jurídicos es el contrato. Sin embargo, en la misma rúbrica hay que situar también determinados negocios jurídicos, que aunque no sean estrictamente contractuales, son considerados por el ordenamiento jurídico como fuentes de obligación. Ocurre así con lo que nuestro Código llama «cuasi

[2] *Vid*, F. DE CASTRO Y BRAVO: *La declaración de voluntad unilateral*, Anuario de Derecho Civil, 1977, pp. 194 y ss.

contrato de gestión de negocios ajenos sin mandato». Y en la misma línea se puede colocar lo que algún sector de la doctrina moderna ha llamado la «conducta social típica»: por el hecho de adoptar un determinado comportamiento nace una obligación, cualquiera que sea o pueda haber sido la voluntad del individuo (p. ej., subirse a un autobús o colocar el automóvil en un aparcamiento).

La relación obligatoria puede ser de constitución forzosa, que admite varios tipos: Están, en primer lugar, los actos administrativos, cuya consecuencia es la constitución excepcional de una relación privada *inter partes* (p. ej., el arrendamiento forzoso decretado por el gobernador civil). Están, en segundo lugar, los actos emanados del poder judicial dentro de un proceso (v. gr., venta en pública subasta, etc.).

El último capítulo de las fuentes de las obligaciones está constituido por aquellas obligaciones que puede decirse que nacen de la ley directamente o bien de los hechos legalmente reglamentados. Estas obligaciones las agrupa BETTI en tres grupos distintos, de acuerdo con la razón de su constitución o con la finalidad a la que atienden. El primero está formado por las obligaciones que surgen para restablecer un equilibrio patrimonial destruido por un acto carente de causa (enriquecimiento injusto, pago de lo indebido, etc.). El segundo grupo lo constituyen las obligaciones de resarcimiento y obligaciones de indemnización. Así, por ejemplo, por el incumplimiento de un contrato o en base al artículo 1.902. El tercer grupo lo forman aquellas obligaciones que la ley liga a un determinado estado de hecho o estado de cosas. Son obligaciones generadas por un puro contacto social entre las personas, como las obligaciones de tutela que a los parientes puede imponer la ley, las obligaciones de alimentos entre parientes, etc.

V. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES. LA PROMESA PUBLICA DE RECOMPENSA

¿Es posible que alguien, manifestada su voluntad de quedar obligado, dé lugar al nacimiento de la correspondiente obligación sin el concurso de la voluntad de la persona a cuyo favor queda constituida? Este es el gran problema que suscita la consideración de la voluntad como fuente de obligaciones, y planteado así es claro que escapan de su seno los supuestos en que haya existido ya una aceptación de la persona favorecida, que exige por ello el cumplimiento de la obligación. El fondo de la cuestión radica en saber si la sola declaración de voluntad perfecciona un negocio del que surge la obligación, que es exigible por el favorecido sin necesidad de una previa aceptación, para adquirir lo que se le ha prometido (por eso se llama también a la figura en examen «promesa unilateral»). Como observa LALAGUNA, aunque esa exigibilidad implica lógicamente la aceptación del derecho que se quiere adquirir, no se debe

confundir con la adquisición del derecho. En otras palabras, es necesario el concurso del beneficiado para adquirir, porque a nadie se enriquece si no quiere, pero el derecho es perfecto con anterioridad a la aceptación, y no cabrá revocación.

Pero esta voluntad unilateral químicamente pura no se da en la realidad. Cuando se exige el cumplimiento de lo prometido se está aceptando lo que antes no ha sido revocado, y, si se intentase impedir simplemente la revocación que quisiese hacer el obligado, la pretensión no podría ser acogida por falta de interés del actor, salvo que se estimase su conducta como demostrativa de una aceptación.

Los Códigos modernos se ha mostrado reacios a la admisión incondicionada, sólo la consideran productora de efectos en los casos regulados por la ley (art. 1.987 del italiano de 1942; art. 457 del portugués de 1966), siguiendo al alemán (parágrafo 305).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina siempre por la necesidad de la aceptación, incluso tácita (p. ej., el hecho de exigir el cumplimiento), resaltando que la promesa tiene que tener una causa lícita con arreglo al artículo 1.274, que puede ser incluso la previa existencia de una obligación moral. En estas condiciones el promitente queda obligado [3]. En realidad, el único supuesto claro de declaración de voluntad creadora de obligaciones es el de la promesa realizada *credendi causa* (para que otro se obligue), cuando se trata de recompensar una actividad o resultado que se confía o se espera obtener, como en la pública promesa de recompensa. Una promesa que se hiciera *solvendi causa* (para cumplir una obligación) no sería fuente genuina de obligación, sino una forma de confesión, reconocimiento o fijación de la anterior. En fin, la promesa que tuviese *causa donandi* no vincularía al promitente por los estrictos condicionamientos a que el ordenamiento jurídico somete la validez y eficacia de las donaciones (entre ellas, la aceptación del donatario).

La promesa pública de recompensa es conocida desde el Derecho romano, pero no ha sido regulada por el Código civil español. Por ejemplo, se promete pagar diez mil pesetas a quien encuentre un objeto perdido, o a quien proporcione pistas para encontrar el paradero de una persona. Otros Códigos como

[3] Ss. de 17 de octubre de 1932, 5 de mayo de 1958, 13 de noviembre de 1962, 3 de febrero de 1973 y 6 marzo de 1976, entre otras. Dice F. DE CASTRO Y BRAVO, comentando la sentencia de 6 de marzo de 1976, que «si en lugar de centrar la atención en los dichos más o menos eruditos de los considerados, se atiende a lo decidido en cada sentencia, a su propia *ratio decidendi*, encontraremos que la doctrina jurisprudencial ha seguido una línea constante y uniforme en sus resoluciones. Según ella, la voluntad unilateral que se estima vinculante para quien la declara, no es aquélla emitida y no aceptada, sino la que va acompañada del consentimiento del que la recibe, aunque sea la aceptación anterior o previa (solicitada o exigida); su unilateralidad reside en que sólo queda obligado el declarante (no hay contraprestación). Se trata, sencillamente de un contrato unilateral, cuya validez depende de reunir los requisitos propios del contrato». *Vid.* Anuario de Derecho Civil, 1977, pp. 941 y ss.

el alemán, italiano y portugués la recogen y regulan como uno de los casos taxativos en que la voluntad unilateral tiene efectos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la promesa pública de recompensa es uno de los supuestos excepcionales en que cabe admitir la eficacia de la declaración unilateral de voluntad. Por ello debe abandonarse la teoría contractualista, de acuerdo con la cual sólo podrá existir vinculación del promitente cuando la ejecución del acto se hiciera con el fin de aceptar la promesa; mientras, lo que habría sería una oferta. En la naturaleza del supuesto se encuentra que el tercero que realiza el acto u obtiene el resultado adquiere el derecho a que la promesa le sea cumplida, aun cuando no haya actuado en atención a la misma.

Es requisito esencial de la promesa su carácter público o la divulgación que se le haya dado, si bien es indiferente que se dirija a la generalidad o sólo a una categoría determinada de personas.

Por lo que se refiere a su revocabilidad, en términos generales cabe sostenerla siempre que se dé a la revocación la misma publicidad que se dio a la promesa. Pero no será eficaz si con anterioridad alguna persona hubiere realizado los actos u obtenido los resultados exigidos.

Si el resultado querido por el promitente es alcanzado por más de una persona separadamente, creemos preferible la norma del artículo 1.991 del Código Civil italiano a la del Código civil de Portugal de 1966 (art. 462). El primero concede el derecho a la recompensa a quien antes haya dado noticia al promitente. El segundo, en cambio, ordena una división equitativa de aquélla, atendiendo a la parte que cada una de ellas tuviese en el resultado.

Una modalidad de la pública promesa es el concurso con premios (así, el art. 463 del Código civil de Portugal de 1966), que presenta como característica el que el derecho no es adquirido por la mera realización de la actividad u obtención del resultado, sino que exige una decisión entre los diferentes concursantes. Las bases del concurso o premio constituyen la regla a la que los interesados —promitente y destinatarios de la promesa— deberán atenerse.

Otro sector de la doctrina, especialmente la italiana, entiende que estamos ante un contrato entre el promitente y el que acepta las bases del concurso, de tipo innominado o atípico y de carácter sinalagmático. Dentro de esta tesis hay autores que sostienen que el contrato es de juego o apuesta.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *La jurisprudencia del T. S. sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones,* R. D. P., 1977. p. 3; BETTI; *La teoría generale delle obbligazioni,* Milán, 1953 (trad. esp. de DE LOS MOZOS); CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil,* Madrid, 1988; CICU: *L'obligazione nel patrimonio del debitore,* Milán, 1948; CASTRO Y BRAVO: *Comentario a la Sentencia de 17 de octubre de 1975* («La declaración unilateral de voluntad»), A. D. C., 1977, p. 194; *Comentario a la Sentencia de 6 de marzo de 1976* («De nuevo sobre la declaración unilateral de voluntad»), A. D. C., 1977, p. 938; DE LOS MOZOS: *Concepto de la obligación,* R. D. P., 1980, p. 979, DÍEZ-PICAZO: *El contenido de la relación obligatoria,* A. D. C., 1964, p. 349; *Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* A. D. C., 1974, p. 456; FERRANDIS: *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones,* A. D. C., 1958, p. 115; GIORGIANNI: *La obligación,* trad. esp., Barcelona, 1958; HERNÁNDEZ GIL: *El problema de la patrimonialidad de la prestación,* R. D. P., 1960, p. 273; LALAGUNA: *La voluntad unilateral como fuente de obligaciones,* R. D. P., 1975, pp. 801; MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *La promesa pública de recompensa,* Barcelona, 1985; MOISSET DE ESPANES: *Obligaciones naturales y deberes morales,* R. G. L. J., 1969, p. 567; PERLINGIERI; *Aspectos problemáticos del derecho de obligaciones,* R. D. P., 1983, p. 58; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Doctrina de las obligaciones naturales,* en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1, 1948; ROCAMORA: *Contribución al estudio de las obligaciones naturales,* R. D. P., 1945, p. 551; RODRÍGUEZ-ARIAS: *La obligación moral,* Madrid, 1953; SALVADOR: *Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa,* R. D. P., 1978, p. 661; *El artículo 1.090 del Código civil,* R. J. C., 1978, p. 7; VÁZQUEZ BOTE: *Sobre el artículo 1.901 del Código civil y la obligación natural,* R. C. D. I., 1975, p. 891.

10. LOS SUJETOS DE LA RELACION OBLIGATORIA

I. LAS PARTES DE LA RELACION OBLIGATORIA

La relación obligatoria precisa de dos partes o sujetos, a los que se llama, como sabemos, acreedor y deudor. Pueden ser sujetos de relaciones obligatorias todas las personas, tanto físicas como jurídicas (cfr. art. 38).

No hay que confundir partes con personas, pues no hay ningún inconveniente en que en cada parte de la relación figure más de una persona. Aparecen así los casos de pluralidad de personas, que exigen especiales formas de organización de la relación obligatoria.

II. LA PLURALIDAD DE PERSONAS EN LA RELACION OBLIGATORIA: SOLIDARIDAD, MANCOMUNIDAD Y PARCIARIEDAD

Nuestro Código civil, ante la realidad de una pluralidad de personas como acreedores o deudores en una relación obligatoria, habla solamente de mancomunidad y de solidaridad como formas organizativas de aquella pluralidad. Sin embargo, no son las únicas posibles e incluso el propio Código civil lo admite así implícitamente.

Por lo que respecta a la *solidaridad*, es básico el artículo 1.137, a cuyo tenor existirá solidaridad si cualquiera de los acreedores tiene la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación por entero (solidaridad activa), o si cualquiera de los deudores debe realizar esa prestación en su totalidad al acreedor (solidaridad pasiva), o si cualquiera de los acreedores puede exigir la prestación en cuestión a cualquiera de los deudores (solidaridad activa y pasiva, llamada también mixta).

Frente a la solidaridad, la doctrina coloca usualmente la *mancomunidad*. En esta línea de pensamiento, la obligación mancomunada es la reflejada en el artículo 1.138, que dice: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.» Sin embargo, a estas obligaciones se las puede denominar obligaciones *parciarias*, en tanto que el crédito o la deuda (según en qué parte de la relación se dé el fenómeno de la pluralidad de personas) se dividen en créditos o deudas independientes que recaen sobre una parte de la prestación.

La obligación *mancomunada* en rigor es la que se origina cuando el crédito o la deuda está en mano común, es decir, que el deber de prestación ha de ser

exigido por la pluralidad de acreedores conjuntamente o cumplido por la pluralidad de deudores también de modo conjunto. El artículo 1.139 conoce esta figura de la mancomunidad, pues partiendo de que el crédito o la deuda no sea divisible (es decir, de que no exista una obligación parciaria), regula la situación breve y esquemáticamente, preceptuando que «sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores...». El principio de la actuación conjunta de acreedores o deudores (según que el crédito o la deuda sea mancomunada) inspira esta disposición.

III. LAS REGLAS DE LA NO PRESUNCION DE SOLIDARIDAD Y DE LA PRESUNCION DE FRAGMENTACION DE LA OBLIGACION

El artículo 1.137 establece claramente el principio de la no presunción de solidaridad. Solamente habrá lugar a ella «cuando la obligación expresamente lo determine», puntualiza el precepto.

Sin embargo, no quiere decir que en la obligación haya de emplearse precisamente la expresión «solidario», «solidaria» o «solidaridad». No impone unas palabras sacramentales para detectar la solidaridad, sino que la voluntad de las partes (cuando la solidaridad nace del negocio creador de la obligación) haya sido la de establecerla, lo que originará un problema de interpretación (S. de 14 de abril de 1986 y las que cita)[1].

Pero si el artículo 1.137 sienta la no presunción de solidaridad, es necesario todavía establecer un orden de preferencia entre la parciariedad y la mancomunidad. Del artículo 1.138 se extrae el principio favorable a la presunción *iuris tantum* de parciariedad, que no regirá cuando «del texto de las obligaciones» se deduzca lo contrario, o cuando la «división *(del crédito o la deuda)* fuere imposible» (art. 1.139). La primera expresión hace referencia, de modo análogo a lo que veíamos sobre la no presunción de solidaridad, a la voluntad de las partes (p. ej., los titulares de una cuenta corriente necesitan la firma de todos para librar cheques contra la misma). La segunda expresión alude a la objetiva indivisibilidad de la prestación. En ambos casos habrá una obligación mancomunada o en mano común, a los que pueden agregarse los supuestos en que esa obligación se impone por requerirlo así la naturaleza del nego-

[1] El principio de la no presunción de solidaridad no es aplicado por la jurisprudencia cuando se trata de obligaciones de reparación de perjuicios causados por culpa extracontractual debidos a la conducta de más de una persona, medida justa como garantía del resarcimiento (S. de 10 de noviembre de 1981 y las que cita), ni en las obligaciones que no nacen del contrato (S. de 22 de diciembre de 1903, sobre la obligación de restituir derivada del cobro de lo indebido por varias personas; S. de 8 de abril de 1976, sobre obligaciones de resarcimiento derivadas del enriquecimiento injusto).

cio o de la situación jurídica en la que se encuentren los varios acreedores o los varios deudores (v. gr., el hecho de pertenecer el crédito, aun cuando sea objetivamente divisible, a un patrimonio atribuido a varias personas, como el patrimonio hereditario en estado de indivisión si han sido llamados varios herederos a la herencia).

IV. PRINCIPIOS BASICOS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

En ellas, cada acreedor podrá pedir el todo, o cada deudor deberá prestar el todo, y la solidaridad puede existir, dice el artículo 1.140, «aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». El artículo 702 del Código argentino, de donde se toma la norma, es más claro y expresivo, al disponer que la obligación no deja de ser solidaria, cuando debiéndose *una sola y misma cosa*, «ella sea para alguno de los acreedores o para alguno de los deudores obligación pura y simple, y para otros obligación condicional o a plazos, o pagadera en otro lugar». Por tanto, las modalidades convenidas no pueden alterar la unidad e identidad de la prestación.

A) Los créditos solidarios

Sabemos que el crédito es solidario cuando cada uno de los acreedores, actuando individualmente, se encuentra facultado para exigir y recibir del deudor la totalidad de la prestación debida y el deudor se libera de la obligación pagando a un acreedor solamente. Además, este deudor tiene facultad de elección para el pago, que cesa cuando es *demandado* (art. 1.142). Si paga a otro acreedor distinto después de la demanda, ese pago no tiene efectos liberatorios y extintivos de la obligación. Por otra parte, si cualquier acreedor está legitimado para exigir el pago, con mayor razón lo estará para efectuar individualmente actos conservativos o de defensa preventiva del derecho de crédito (constituir en mora al deudor, o interrumpir la prescripción, etc.).

El acreedor solidario ostenta *exteriormente* un poder de disposición sobre el crédito por entero que puede llevarle hasta la extinción o modificación de la deuda, pero de los actos perjudiciales para los demás compañeros en la solidaridad se deriva un derecho de reembolso en favor de éstos contra aquél, limitado a la parte que cada uno tenga en la obligación que, en principio, se presume igual. En otras palabras, el acto dispositivo del acreedor le impone el deber de satisfacer a sus coacreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto no se hubiera realizado. Así ha de interpretarse el párrafo 1.° del artículo 1.141 cuándo dice que cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que vea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. De ahí también que al acreedor solidario se le permita en el artículo 1.143 la realización

de una serie de actos extintivos de la obligación (novarla, remitirla, oponer en compensación el crédito solidario cuando el deudor le reclame el pago de un crédito que tenga contra él).

Por último, y en lo que afecta a la eficacia de la sentencia dictada en los pleitos en los que hubiera intervenido únicamente un acreedor solidario, el artículo 1.252 dice que produce el efecto de cosa juzgada para los demás que no han litigado.

B) Las deudas solidarias

La organización de la solidaridad pasiva en el Código civil se establece bajo dos principios, uno para las relaciones externas entre acreedor y deudores y otro para las relaciones internas entre los deudores. Con arreglo al primero, cada uno de los deudores es deudor por el entero. De acuerdo con el segundo, la deuda se divide entre los codeudores en la proporción que acuerden, presumiéndose en su defecto la división por igual (art. 1.138).

En la solidaridad pasiva, cada uno de los deudores puede pagar, con efectos liberatorios para los demás (art. 1.145), y el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o contra todos simultáneamente. Además, las reclamaciones (judiciales o extrajudiciales) contra uno no le impiden formular nuevas reclamaciones contra los demás mientras la deuda no haya sido cumplida por entero (art. 1.144). Por tanto, aunque haya reclamado judicialmente a un deudor, puede demandar a otro sin que éste pueda oponer como excepción el proceso pendiente que hay (S. de 19 de diciembre de 1927).

Frente a la reclamación del acreedor, el deudor podrá oponer, dice el artículo 1.148, las excepciones que «se deriven de la obligación y las que le sean personales». En cambio, de las excepciones personales que podrían oponer los demás codeudores sólo puede servirse «en la parte de deuda de que éstos fueran responsables (internamente)».

El Código civil hace una distinción entre excepciones personales y excepsiones que se derivan de la obligación, llamadas también reales, sin que indique el criterio seguido para hacerla ni las que pertenecen a uno u otro genéro. Sin embargo, al calificar de excepción personal a la menor edad (art. 1.824, p. 2.°) nos pone en la pista de que en las excepciones personales hay que incluir las derivadas de la menor edad o incapacidad del obligado además de las que se vinculan con hechos personales suyos (p. ej., es acreedor a su vez del acreedor[2], ha hecho con éste un pacto de no pedir, etc.). Las excepciones fundadas en vicios del consentimiento del negocio constitutivo de la solidaridad para cualquiera de los obligados (error, dolo, violencia o intimidación) pare-

[2] La compensación se trata como excepción personal y no real en el artículo 1.198, párrafo 1.°.

cen de carácter personal. GARCÍA GOYENA, sin embargo, las consideraba reales de acuerdo con la tradición histórica [3].

El deudor que paga se libera a sí mismo y a los demás codeudores, pero entre ellos deben distribuirse las consecuencias de pago. Atribuye el artículo 1.145 al primero una acción de reembolso contra sus codeudores, a fin de que le satisfagan la parte que a cada uno le corresponde en la deuda, con los intereses de anticipo. Además, se presume una subrogación en el crédito, salvo los efectos de la confusión en la parte que les corresponda (art. 1.210.3.°).

Si el deudor que reclama el pago no opuso al acreedor excepciones reales o inherentes a la deuda (no las personales suyas), pueden serle opuestas por los demás, pues de lo contrario se perjudicarían sin su culpa (art. 1.840, por analogía).

En relación con la acción del deudor que paga, el artículo 1.145 impone la cobertura de la insolvencia, al decir que «la insolvencia de un deudor solidario es suplida por sus codeudores a prorrata de la deuda de cada uno», incluida por supuesto la parte del que reclama.

Si el acreedor ha hecho quita o remisión de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, el artículo 1.146 no libra a éste de la responsabilidad para con los codeudores, «en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos». Claro está que el pago por entero se producirá cuando el deudor que paga no está advertido de esa remisión. Caso contrario, debe oponerse la excepción al acreedor por la parte remitida [4].

La quita o remisión de la totalidad de la deuda libera a todos los deudores solidarios, aunque se haya hecho con uno de ellos exclusivamente (art. 1.143). Si el acreedor condona la parte que a un codeudor le corresponde en la deuda, y la cobra por entero después, el deudor condonado podrá dirigirse contra él, en la medida en que la condonación sea eficaz, para que le reintegre de lo que ha tenido que satisfacer al que pagó.

Los efectos que se dan cuando el deudor solidario paga por entero, se producirán también cuando extingue la obligación a su costa (art. 1.143) [5].

En la solidaridad pasiva existe el principio que pudiera denominarse «comunicación de la culpa». En efecto, a tenor del artículo 1.147, si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Pero si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el

[3] *Vid.*, su comentario al artículo 1.767 del Proyecto de 1851.

[4] De ahí la conveniencia de aplicar el artículo 1.840 por analogía.

[5] Así, el deudor al que el acreedor reclama el pago puede oponerle en compensación el crédito que tiene contra él, pero sus relaciones con los demás codeudores deben regirse por las normas que regulan el pago de la obligación solidaria. Se ha extinguido ésta, pero a costa del patrimonio del que opuso la compensación, al no poder exigir ya al acreedor lo que le debía, por lo que hay un enriquecimiento evidente de los demás codeudores.

acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente.

Hasta aquí la extinción de la obligación solidaria. Pero es necesario estudiar algunas instituciones en relación con la solidaridad por su importancia práctica, que son: la mora, la interrupción de la prescripción y los efectos de la sentencia dictada en pleitos en que ha sido parte un deudor solidario.

La constitución en mora, que se produce como principio general por el requerimiento al pago o intimación del acreedor al deudor (art. 1.100), perjudica por igual a todos los codeudores (art. 1.141), todos se constituyen en mora.

También perjudica a todo el grupo de deudores solidarios la interrupción de la prescripción, según dispone el artículo 1.974. Sin embargo, cuando hay un reconocimiento de deuda por cualquiera de los codeudores, aunque éste es un supuesto normal de interrupción de la prescripción, entendemos que no cabe en esta materia. Es una confesión extrajudicial que sólo tiene efectos contra el confesante.

Por lo que respecta a la cosa juzgada, el artículo 1.252 proclama la extensión de la sentencia dictada en el pleito entre acreedor y deudor solidario a los demás que no hayan litigado. Pero la sentencia que lo absuelve no impide al acreedor, entendemos, dirigirse contra los demás si el deudor alegó una excepción estrictamente personal suya.

V. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS

Según el artículo 1.138, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantos créditos o deudas cuantos sean los acreedores o deudores. De acuerdo con el citado precepto legal, esta división se lleva a cabo por «partes iguales», aunque tal regla debe entenderse que tiene un puro tenor de presunción, pues los pactos entre los interesados pueden conducir a otra conclusión.

VI. LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Distinguiremos entre la mancomunidad activa y pasiva, según que, respectivamente, sea el crédito o la deuda lo que se halle en mano común.

A) MANCOMUNIDAD ACTIVA

El artículo 1.139 únicamente dice que «sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos», por lo que se requiere el ejercicio conjunto de actos que perjudiquen. Se plantea entonces la necesidad de integrar este insuficiente régimen legal con otras normas, que pueden ser las que regulan la comunidad de bienes pues hay comunidad cuando la titularidad de un

derecho, sea real o personal, pertenece a varias personas en indivisión (arts. 392 y siguientes).

Cuestión discutida es si la reclamación del crédito debe ser efectuada por el grupo o cualquier acreedor se encuentra legitimado para ello. Aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada sobre la legitimación de un comunero sólo para actuar en beneficio de la comunidad, la segunda solución se impondría. Claro es que el ejercicio de una acción judicial exige una previa decisión sobre el interés que se litiga (¿conviene, por ejemplo, exigir el cumplimiento o resolver la obligación?), decisión que no la puede tomar individualmente un acreedor del grupo. Pero esta cuestión queda resuelta en gran medida con la doctrina jurisprudencial que afirma que aquella legitimación individual del comunero ha de ser aplicada con criterio restrictivo, hasta el punto de que si alguno de los demás se opone a tal actuación, desautorizando al accionante de modo explícito o afirmando lo contrario de lo sostenido por él, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia criterios dispares, y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad (SS. de 17 de junio de 1961, 19 de febrero de 1964 y 8 de abril de 1965).

B) MANCOMUNIDAD PASIVA

El artículo 1.139 también se ocupa de ella, disponiendo que «sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán obligados los demás a suplir su falta». Así pues, el pago o cumplimiento de la obligación es un acto colectivo o conjunto de todos los deudores por principio, y para cobrar forzosamente por vía judicial hay que demandarlos a todos. De la misma forma (reclamación contra todos) hay que proceder para interrumpir la prescripción (art. 1.974), o para constituirlos en mora.

La regla del artículo 1.139 se refiere a un supuesto de insolvencia de uno de los deudores, lo que da idea de que se piensa en una suma monetaria a cuyo pago han sido condenados todos los demandados en la sentencia, y el acreedor no la pueda hacer efectiva respecto a uno o algunos. Entonces la obligación se ve amputada en su extensión.

La regla en cuestión tiene sentido también cuando la mancomunidad provenga de la transformación de la obligación indivisible por naturaleza en una indemnización de daños y perjuicios (por ejemplo, obligación de entregar una cosa específica indivisible por sus propietarios). El incumplimiento de uno de los deudores mancomunados supone, aplicando el artículo 1.150, un incumplimiento total. La obligación se resuelve en indemnizar daños y perjuicios, obligación que es perfectamente divisible, es decir, parciaria. Sin embargo, el precepto legal citado añade a continuación que «los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir... no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio o de la cosa o del servicio en que consistiera la obligación».

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BALLARÍN MARCIAL: *Titularidad solidaria,* A. A. M. N., t. 12; CAFFARENA LAPORTA: *La solidaridad de deudores,* Madrid, 1980; GUILARTE ZAPATERO: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 15, vol. 2, Madrid, 1983; HERNÁNDEZ GIL: *La solidaridad en las obligaciones,* R. D. P., 1946, p. 400, *El principio de la no presunción de la solidaridad,* R. D. P., 1947, p. 81; LEÓN ALONSO: *La categoría de la obligación «in solidum»,* Sevilla, 1978; PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores,* en Libro-Homenaje a Roca Sastre, t. 2; SANCHO REBULLIDA: *La mancomunidad como regla general en las obligaciones con pluralidad de partes,* en «Estudios en honor de Castán Tobeñas», t. 3.

11. EL OBJETO DE LA RELACION OBLIGATORIA

I. LA PRESTACION DEBIDA

El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento, al que usualmente se le denomina *prestación*.

La prestación puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa. El artículo 1.088 así lo determina al decir que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». En ese *consistir* va implícita la idea de que el deudor está obligado a realizar un comportamiento.

La prestación debe ser posible, lícita y determinada. El Código civil no alude a estos requisitos de la prestación al establecer la disciplina general de las obligaciones, pero resultan de los preceptos relativos al objeto del contrato, ya examinados (arts. 1.271-1.276).

II. LAS OBLIGACIONES DE DAR

La prestación de dar es el comportamiento dirigido a la entrega de una cosa. En términos generales, la entrega es un traspaso posesorio y consiste en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome posesión de la cosa. Tiene una función instrumental por cuanto es un procedimiento para obtener una finalidad como la adquisición de la propiedad de aquella cosa, su restitución o la constitución efectiva de un derecho de goce o de garantía sobre ella.

A la prestación de dar dedica el Código civil las siguientes reglas generales, que tienen un carácter esencialmente dispositivo:

1.° El acreedor tiene derecho a que le sean entregados los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entrega (art. 1.096).

2.° El obligado a entregar una cosa lo está también a la entrega de los accesorios (art. 1.097).

Entre estos accesorios se comprenden indudablemente los auxiliares o complementarios de la cosa, sin los cuales quedaría frustrada la finalidad de la entrega (S. de 17 de abril de 1964).

3.° El obligado a entregar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un padre de familia (art. 1.094).

III. LAS OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS

La prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfación de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto).

La prestación de hacer puede ser fungible o infungible. Es fungible cuando el interés del acreedor queda satisfecho con la realización de la prestación, siendo indiferente la persona del deudor. Por el contrario, es infungible cuando existe un *intuitus personae,* es decir, que la persona del deudor no puede ser sustituida por otra al no serle indiferente al acreedor quién cumpla la prestación.

En la doctrina se ha distinguido también, en relación con la obligación de realizar una prestación de hacer, dos tipos diversos, según que lo comprometido por el deudor sea una pura actividad o consista además en la obtención de un determinado resultado. En el primer caso se habla de obligación de medios y en el segundo de obligación de resultado. En aquélla, el deudor cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado esperado (el médico visita al enfermo, le reconoce y receta). En cambio, en la segunda sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene (por ejemplo, construir el edificio). Los casos en que sea dudoso el encuadre de la obligación debe resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad. En esta última hipótesis la obligación será de medios (v. gr., preparación para un examen, conducción de un pleito, etcétera).

Otro de los posibles tipos de prestación es un no hacer. El comportamiento empeñado por el deudor es puramente negativo: una omisión o una abstención.

Algunos autores señalan que la omisión puede tener dos manifestaciones. La primera es la pura y simple inactividad. La segunda consiste en que el deudor permita una actividad del acreedor sin poner a ella obstáculos. Sobre tal base es posible distinguir entre unas obligaciones *in non faciendo* u obligaciones de abstención, y unas obligaciones *in patiendo* u obligaciones de tolerancia [1].

La omisión a que el deudor está obligado puede ser de actos materiales (p. ej., no tocar el piano en el lugar arrendado), o de actos jurídicos (v. gr., el deudor se obliga a no vender o a no arrendar una finca que ha adquirido).

[1] Un problema que se suscita en la práctica es la distinción entre una obligación negativa y una servidumbre (derecho real) negativa, que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. *Vid.* sobre la cuestión el estudio de R. DE ANGEL YAGÜEZ: *Servidumbre negativa y obligación de no hacer.* R. C. D. I. 1976. p. 621.

IV. LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Una de las hipótesis más importantes de prestación es la que consiste en la entrega de una suma de dinero, dado que el dinero es el instrumento por excelencia de intermediación en los cambios.

El dinero es una medida de valor, un instrumento de cambio y un medio de pago. En cuanto medida de valor económico es una pura entidad intelectual que no tiene necesidad de concretarse en realidades materiales o cosas (p. ej., esta casa vale dos millones de pesetas). En cuanto medio o instrumento de cambio por bienes o servicios, sí necesita esa concreción (moneda metálica, papel moneda o el llamado dinero bancario, como el cheque, etc.). Por último, el dinero sirve para el pago o cumplimiento de las obligaciones, precisándose también su concreción en realidades materiales.

Cuando hablamos de dinero, ¿a qué nos referimos? Nos referimos a aquella cosa material a la cual la normativa estatal conceptúa como tal y fija su valor (un determinado billete vale mil pesetas, otro cien pesetas, etc.), valor al que se le denomina facial frente al valor intrínseco, que es el que posee la cosa en función del material de que se compone (oro o plata, v. gr), transformado ya en signo monetario por el Estado.

El curso del dinero puede ser fiduciario, legal y forzoso. Es *fiduciario* cuando los instrumentos de cambio son aceptados por la confianza que inspira la posibilidad de ser convertidos en otros posteriormente (los billetes del Banco de España cuando se podían cambiar por moneda de oro o plata). Es *legal* cuando una moneda goza de la sanción estatal, es decir, cuando se encuentra legalmente establecida como medio de pago. Es *forzoso* cuando una moneda, en virtud de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, goza en una comunidad del carácter de ser instrumento de cambio o de pago, y como tal debe ser utilizada y aceptada necesariamente.

En España, la Ley de 20 de enero de 1939 privó de curso legal a la moneda de plata, ordenando su sustitución por los billetes del Banco de España. La Ley de 9 de noviembre de 1939 decretó el curso forzoso de los billetes del Banco de España, preceptuando también su pleno poder liberatorio como medios legales de pago. De la misma eficacia goza la moneda metálica, según la Ley de 12 de marzo de 1975. Su artículo 7.° determina que el Gobierno, al acordar la emisión de cada especie de estas monedas, establecerá, a propuesta del Ministerio de Hacienda, el importe máximo que de la misma deberá admitirse *entre particulares como medio de pago,* pero se admitirán en las Cajas públicas sin limitación. La Ley de 23 de diciembre de 1986, de presupuestos generales del Estado, transfiere esta competencia al Ministerio de Economía y Hacienda (Disp. Adic. 14).

La unidad del sistema monetario español es la peseta, que equivale a cien céntimos (art. 1.° de la Ley de 12 de marzo de 1975). El establecimiento de la unidad de cuenta en un sistema monetario es básico, porque, como dice

NUSSBAUM, el dinero se da y se recibe como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad.

A) LAS DEUDAS DE DINERO: CLASES Y CARACTERÍSTICAS

La genuina deuda pecuniaria o deuda de dinero es la llamada *deuda de suma*. En ella, los signos o piezas monetarias son indiferentes desde el punto de vista de la obligación (lo mismo se pueden entregar billetes de mil que de cien o moneda metálica), con tal que posean curso legal. El deudor está obligado a proporcionar al acreedor la suma de dinero que sea la señalada en la obligación.

Dos características sustanciales tiene la deuda de dinero. Por una parte, su cumplimiento no puede devenir nunca imposible porque dinero siempre hay en cuanto tal. Por otra, una cantidad de dinero es un bien productivo, y de ahí que el cumplimiento de la obligación de pago produzca siempre un perjuicio para el acreedor, que se liquida legalmente mediante el pago del interés legal (cfr. art. 1.108).

Al lado de las deudas de suma, la doctrina ha situado las llamadas *deudas de moneda individual* y *las deudas de especie monetaria.* En las primeras no sólo se encuentra señalada la suma, sino las específicas monedas en que la obligación debe ser cumplida (v. gr., el depósito contemplado en el artículo 307 C. de c.). Pero en rigor no hay aquí una verdadera obligación pecuniaria, porque la obligación pesa sobre monedas en cuanto cosas concretas, determinadas y específicas, que son las que interesan al acreedor. En cambio, en las deudas de especie monetaria tenemos deudas de suma en las que se ha señalado como circunstancia esencial las piezas monetarias con las que debe hacerse el pago (p. ej., se ha pactado que el deudor pagará 1.000 pesetas en billetes de 100, no en billetes que sean de otro valor). Nuestro Código civil alude a estas deudas en el artículo 1.170, cuando dice que el pago de la obligación de dinero ha de hacerse en la «especie pactada».

También ha distinguido la doctrina, dentro de la obligación pecuniaria, dos especies distintas, según la función que en ella desempeñe el dinero. La deuda puede considerarse como *deuda de dinero* cuando funciona en la obligación como medio de cambio de cosas y servicios (v. gr., el precio de la compra de un coche, la retribución de un servicio). La deuda es *deuda de valor* cuando opera como medida de valor de bienes y servicios, como sustitutivo de los mismos. En efecto, el Código civil impone en numerosas ocasiones como prestación la de abonar *un valor* (cfr. arts. 360, 365, 564, 645, 1.106, 1.307, 1.478, etc.), y si quisiéramos unificar por alguna característica supuestos tan heterogéneos como los aludidos por el legislador, sacaríamos la conclusión de que las deudas de valor son deudas compensatorias o indemnizatorias.

En las deudas de valor no está predeterminada la suma a pagar sino que es el resultado de la liquidación cuyo importe debe proporcionar al acreedor

el equivalente de la cosa o servicio que no recibe, o la que repare el perjuicio ocasionado o lo compense (v. gr., indemnización por daños morales).

B) La devaluación de la moneda y el principio del nominalismo

El problema más grave que plantean las obligaciones pecuniarias es la pérdida del valor adquisitivo del dinero. La solución en pura teoría puede ser: o que el deudor entregue la misma suma fijada en la obligación, cualquiera que sea la alteración de su poder adquisitivo, considerando que sus eventuales fluctuaciones son los riesgos normales de todo acreedor; o que el deudor debe prestar al acreedor la suma que equivalga al poder adquisitivo que tenía la que se señaló en la obligación, aunque sea mayor. La primera solución, llamada nominalista, aunque menos justa en términos absolutos, permite una mayor seguridad y facilidad en el comercio jurídico. La segunda, enteramente justa, origina una grave inseguridad, es muy difícil de aplicar en la práctica y exige una constante reconversión o transformación de todas las cantidades que se deben en una nación. Por eso la primera ha sido consagrada por la mayor parte de los ordenamientos.

Nuestro Código civil no formula de una manera clara el principio del nominalismo. El artículo 1.170 es precepto que se ocupa de los medios de pago de una obligación dineraria. El artículo 1.753, en relación con el préstamo de dinero, dice que el deudor estará obligado a devolver *otro tanto* de la misma especie y calidad. El artículo 1.754, al tratar ya concretamente de ese préstamo de dinero, vemos que se remite al artículo 1.170 simplemente. En cambio, su párrafo 2.°, refiriéndose no al préstamo de dinero, sino de otra cosa fungible o metal no amonedado, aplica un criterio paralelo al nominalista: el prestatario ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

El Código de comercio, en el artículo 312, parece abordar un tanto el problema planteado. Dispone que «consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor *legal* que tuviera la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiera pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiera experimentado su valor será en daño o provecho del prestador». Pero el valor adquisitivo de la suma a devolver en relación con la recibida no le preocupa al legislador, sino el valor legal simplemente. La excepción que marca cuando se hubiere pactado la especie de moneda en que ha de restituirse el préstamo no es reconocimiento de un principio valorista frente al nominalista, pues el legislador se sigue refiriendo al valor *legal* de la especie monetaria y no al valor real o poder adquisitivo.

Así pues, no aparece formulado de una manera clara el principio del nominalismo, pero la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que nuestro ordenamiento jurídico se inspira decididamente en él. Por consiguiente, por regla general, las deudas de dinero se pagan entregando al acreedor su importe nominal, la suma pactada, y el mismo número de unidades monetarias (100 pesetas, 1.000 pesetas, etc.), aunque su valor real o poder adquisitivo haya experimentado variación.

Si esto es así para las deudas de dinero o deudas de suma de dinero no lo es para las deudas de valor, porque el dinero funciona, como sabemos, como equivalente de un bien de naturaleza distinta, valorado en un momento determinado. Así, si la cosa que se perdió por culpa del deudor valía 5 entonces, éste habrá de entregar la suma que hoy equivalga a las 5 de entonces. Hay casos en los cuales es la ley la que establece la referencia al tiempo de la valoración (p. ej., arts. 482, 652 y 1.307). Cuando falta esta referencia, la jurisprudencia tiende al momento de la liquidación [2] o al de la causación del daño, aunque corrigiendo la devaluación de la moneda entre aquél y el pago [3]. Desde que ésta se efectúa bien por acuerdo de las partes o, subsidiariamente, por sentencia judicial, la deuda de valor se transforma en deuda de suma de dinero. En realidad, el criterio que debe presidir la solución de los conflictos debe ser el menos dañoso para el acreedor de la indemnización, que puede coincidir o no con el de la liquidación (v. gr., puede serle más favorable el de la causación del daño).

C) Medidas correctoras del nominalismo. Las cláusulas de estabilización

Las graves consecuencias que llevan consigo las alteraciones del poder adquisitivo del dinero justifican que se intente buscar remedio para tratar de evitarlas. En términos generales, estos remedios pueden ser de las siguientes clases:

1.° A la vista de una devaluación o inflación ya producida, el legislador puede conceder una revalorización de los créditos tratando de poner al día las prestaciones devaluadas. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley de 7 de diciembre de 1939, que permitió el reajuste de las deudas establecidas en moneda republicana, completamente devaluada al final de la guerra civil. En este mismo sentido se pueden citar las disposiciones legales que han permitido revalorizar los alquileres en los arrendamientos urbanos y los precios en los contratos de ejecución de obras públicas.

2.° El juego de la cláusula *rebus sic stantibus*. Se entiende, como veremos en su momento, que una alteración sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de contraer la obligación, produce la resolución del vínculo contractual o su revisión por vía judi-

[2] Ss. de 20 de mayo de 1977, 20 de junio de 1978 y 29 de noviembre de 1981.
[3] S. de 5 de julio de 1983.

cial. La alteración ha de ser del tal envergadura que pueda decirse racionalmente que ha destruido la relación de equivalencia entre las prestaciones. Además, ha de ser completamente imprevisible y ninguna de las partes esté, según la naturaleza del contrato, obligada a soportar el riesgo.

3.° Un tercer remedio consiste en la prevención del fenómeno por las propias partes interesadas, mediante la estipulación de una cláusula de estabilización. Por medio de ella, las partes, al establecer una prestación pecuniaria, cuyo cumplimiento queda *diferido o es periódico,* fijan la relación que existe entre la suma de dinero objeto del contrato y un determinado índice, quedando obligadas al reajuste de la suma dineraria debida de acuerdo con las fluctuaciones del índice.

Los índices utilizados para la estabilización pueden ser de muy diversa naturaleza:

a) Valor del oro o de la plata, que dan lugar a las *cláusulas de valor-oro o valor-plata.* Se pacta que el deudor ha de entregar la suma de dinero que permita adquirir teóricamente la misma cantidad de oro o plata que se podía adquirir con la suma fijada en el contrato.

b) La moneda extranjera, que da lugar a la *cláusula valor-moneda extranjera.* El deudor ha de pagar la suma de dinero con las que puedan adquirirse la misma cantidad de moneda extranjera (dólares, libras, marcos, etc.) que con la suma fijada en el contrato.

c) El precio de determinados productos, como el trigo o el pan. Se realiza la misma operación de reajuste que hemos expuesto en los párrafos anteriores.

d) Indice de coste de vida o de precios señalado por el Instituto Nacional de Estadística. La cantidad de dinero a pagar por el deudor aumentará o disminuirá en la proporción en que haya aumentado o disminuido el índice.

Hasta aquí los índice más conocidos y frecuentes, sin que quiera decirse que no puedan adoptarse otros que la ley no prohíba. La licitud de las cláusulas de estabilización pactadas, problema que fue muy debatido en épocas pasadas, está fuera de toda duda, siendo reiteradamente declaradas válidas por la jurisprudencia. Además, el propio legislador consiente su empleo, bien señalando los índices de actualización (arrendamientos rústicos [4] y préstamos hipotecarios [5]), bien dejando su elección a la libertad de las partes (arrendamientos urbanos [6] y contratos de seguro [7]).

D) El pago de las deudas de dinero

Según el párrafo 1.° del artículo 1.170 C.c., «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España».

[4] Arts. 38 y 39 Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980.
[5] Art. 219 Reglamento Hipotecario.
[6] Art. 98 Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.
[7] Art. 29 Ley del Contrato de Seguro de 17 de octubre de 1980.

La debida aplicación del precepto en la actualidad obliga a recordar que desde las leyes de 1939 los billetes del Banco de España son los que poseen curso legal y forzoso, y la moneda metálica, en la cantidad que el Gobierno determine, ha de ser aceptada necesariamente como medio de pago entre los particulares. En consecuencia, hoy «la especie pactada» abarca al pacto de pagar en moneda metálica (la autonomía de la voluntad puede desplegarse en este terreno y establecer una aceptación de la moneda metálica en cantidad que rebase la fijada por el Gobierno en las transacciones entre particulares) o en billetes, o en ambas cosas a la vez, e incluso en determinada moneda metálica (piezas de 100 pesetas, por ejemplo) o en determinados billetes (v. gr., de 1.000 pesetas).

No siendo posible entregar la especie pactada, el pago se realizará en la moneda que tenga curso legal en España. Así, si el deudor, por ejemplo, no puede entregar moneda metálica, pagará en billetes.

La imposibilidad a que alude el precepto a que nos referimos es, según parecer dominante de la doctrina, una imposibilidad de tipo objetivo (v. gr., retirada de la circulación de la especie pactada), nunca de tipo subjetivo, procedente de motivos personales del deudor.

El artículo 1.170, en su párrafo 1.°, no se refiere, de modo señalado al pago de una deuda de suma de dinero. Sólo se preocupa de determinar el régimen jurídico aplicable cuando se ha especificado la especie en que ha de ser pagada. Sin embargo, de su articulado se desprende que aquella deuda de suma de dinero ha de ser pagada en la moneda que tenga curso legal en España.

Por último, el párrafo 2.° del mismo precepto prevé la entrega por el deudor de «pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles», y dispone que «sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

La entrega de esos documentos mercantiles no es potestativa del deudor, de tal manera que el acreedor haya de aceptarlos necesariamente, pues aquél evidentemente ha de entregar la prestación convenida y no otra, salvo que medie consentimiento del segundo. No se puede sustituir, sin su voluntad, la obligación de entrega de un dinero efectivo por la aceptación de una letra de cambio por el deudor o por el libramiento de un cheque contra su cuenta corriente (cfr. art. 1.166, p. 1.°). La aceptación por el acreedor de tales documentos no significa por sí misma el cumplimiento de la obligación, salvo que como tal se califique por las partes. El pago se producirá cuando la letra o el cheque se hayan hecho efectivos, a menos que por culpa del acreedor se hayan perjudicado. Mientras, la acción derivada de la obligación queda en suspenso. El acreedor, caso de que el efecto mercantil no se haya perjudicado por su culpa (p. ej., si el aceptante no paga la letra a su vencimiento no hay culpa de aquél),

puede optar entre ejercitar la acción derivada del contrato o del efecto que se le entregó para obtener su satisfacción.

E) LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

La mayor parte de la doctrina y desde luego la jurisprudencia admiten que el régimen jurídico de las obligaciones en moneda extranjera se rige por el artículo 1.170, entendiendo que dentro de la «especie pactada» cabe la designación de aquella moneda.

Sin embargo, en esta clase de obligaciones no todo consiste en la aplicación del artículo 1.170. La existencia de una frondosa y cambiante legislación del control de cambios, más o menos liberal según la mayor o menor disponibilidad de divisas por parte del Estado en el que han de cumplirse aquellas obligaciones, obliga a las partes, antes de concertar sus estipulaciones, a cumplir las prescripciones legales sobre la materia [8]. Quiere ello decir que ante todo habrá que examinar si la relación obligatoria es absolutamente nula, de acuerdo con la legislación del control de cambios, o bien necesita para su eficacia el pertinente control administrativo, pues no de otra manera puede obtenerse legalmente la moneda extranjera necesaria para el cumplimiento de lo pactado [9], o está permitida legalmente. En la realidad de los negocios las operaciones que dan lugar a movimientos de monedas extranjeras, si no están permitidas legalmente, se condicionan por las partes a la pertinente autorización administrativa (aprobación, verificación, etc.), pues no de otra manera se podrá disponer por un residente en España de tales monedas, además de que el no residente, si es acreedor, quiere tener facilidades para su transferencia al exterior. Y ello tanto más cuanto que no podrán ser objeto de ejecución en otro caso (art. 1.453.2.° L.E.C.), ni la letra de cambio será pagada en la moneda extranjera (art. 47 Ley Cambiaria y del Cheque).

De hecho, la cuestión queda reducida a las hipótesis en que el deudor no obtenga las monedas extranjeras del Banco de España o de otras instituciones

[8] Como disposiciones actualmente más importantes hay que citar: La Ley de 10 de diciembre de 1979 de régimen jurídico de control de cambios, modificada por la Ley Orgánica de 16 de agosto de 1983; R.D. de 10 de octubre de 1980, que ordena el control de cambios; R.D. Legislativo de 27 de junio de 1986 sobre inversiones extranjeras en España; R.D. de 25 de septiembre de 1986, que aprueba el Reglamento de Inversiones extranjeras en España; R.D. de 7 de noviembre de 1986, sobre inversiones españolas en el exterior.

[9] No toda infracción de la legislación sobre el control de cambios da lugar a la nulidad de la obligación, sin perjuicio por supuesto de las sanciones penales y administrativas procedentes, fijadas en la Ley de 10 de diciembre de 1979 y en la Ley Orgánica que la modifica de 16 de agosto de 1983. Expresamente sólo se dice en el Real Decreto Legislativo de 27 de junio de 1986, regulador de las inversiones extranjeras en España (Disp. Final 1.ª) y en su Reglamento (Disp. Final 2.ª).

delegadas pese a ser una operación legalmente permitida o autorizada administrativamente. Estaremos ante un caso de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, que le obligará a cumplir, según el artículo 1.170, en la moneda de curso legal en España.

El problema básico es el de determinar con arreglo a qué cambio hay que hacer la equivalencia. La jurisprudencia ha seguido reiteradamente el criterio del día del pago efecivo, no el del día de vencimiento, en supuestos en los que había litigio entre acreedor y deudor y seguramente bajo el presupuesto de una pérdida de valor de nuestra moneda frente a la extranjera, derivada de la situación económica española. En estas circunstancias, es claro que el acreedor extranjero no debe sufrir daño por la resistencia del deudor a pagar [10].

Sin embargo, la Ley Cambiaria y del Cheque, para el mismo caso (imposibilidad no imputable al deudor), da al acreedor la facultad de optar entre el día del vencimiento del efecto o del día del pago para fijar el contravalor en pesetas de la moneda extranjera (al cambio vendedor), si hay demora en el pago, lo que parece más justo porque contempla la posibilidad de que tal moneda baje en relación con la nuestra (art. 47).

Orientación distinta, y discutible, es la que adopta la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de deudas en moneda extranjera: el contravalor en pesetas, cambio vendedor, el día del vencimiento de la obligación (art. 1.436).

V. LA OBLIGACION DE INTERESES

a) *Naturaleza y consecuencias.*—El disfrute de un capital en dinero perteneciente a otra persona o que a ella le debía de haber sido entregado en su momento, es evidente que constituye fuente de beneficios para el que lo goza. Debe pagar por ello un precio, que es el interés en estricto sentido jurídico.

El interés debe ser considerado como un fruto o producto del capital, y se engloba en la categoría de frutos civiles (arts. 354 y 355).

La obligación de pago de intereses es una obligación pecuniaria, de naturaleza accesoria respecto de la obligación de restituir o entregar el capital.

De la accesoriedad deriva la doctrina común el que el devengo y consiguiente pago de intereses se extinga con la obligación principal: que esté cubierta por la misma garantía real que garantiza esta última (cfr. art. 1.871); y que cuando se transmite el derecho a exigir la entrega o restitución del capital se entienda transmitido el derecho a exigir el pago de los intereses que se devenguen.

[10] Ss. de 9 de noviembre de 1957, de 8 de junio de 1963 y 20 de febrero de 1986, entre otras.

No obstante, la sentencia de 26 de noviembre de 1987 acepta el criterio del día en que recaiga sentencia definitiva (en caso de litigio), justificándolo en la remisión que hace el artículo 921 L. E. C., en materia de pago en moneda extranjera, al artículo 1.436 de la misma Ley (¡que recoge el día del vencimiento de la obligación!).

Sin embargo, con excepción de lo dicho respecto a la extinción (que es una consecuencia lógica de la extinción de la obligación de entrega o restitución), las demás consecuencias de la accesoriedad no las ordena la ley imperativamente, por lo que las partes pueden pactar lícitamente lo contrario.

Los intereses se devengan normalmente a razón de un tanto por ciento del capital en relación con un espacio temporal (cuatro por ciento anual, por ejemplo). Nada impide tampoco que se cifren en una cantidad alzada.

b) *Clases.*—Por su origen, los intereses pueden ser legales si la obligación de pago se encuentra establecida en la ley. Su cuantía también se determina legalmente, y hoy, tras la Ley de 29 de junio de 1984, se hallan aplicando el interés básico del Banco de España, el día en que comience el devengo, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente, que se fija anualmente en la Ley aprobatoria de los mismos. La Ley deja a salvo el pacto de las partes sobre el tipo de interés moratorio.

Frente a los legales, los intereses convencionales derivan del pacto de las partes. La cuantía a que pueden ascender éstos no se preceptúa legalmente, no hay tasa de estos intereses convencionales. Sin embargo, la Ley de 23 de junio de 1908 señala las circunstancias en que unos intereses pueden ser usuarios y sus correspondientes sanciones. Aunque referida su normativa al contrato de préstamo, puede ser aplicada a otros contratos que cumplan la misma finalidad (proporcionar en sustancia un crédito al deudor).

Si se ha pactado la obligación de pago de intereses pero no su cuantía, se entiende que operará el interés legal (S. de 24 de noviembre de 1984).

Por su parte, el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *ordena,* en su párrafo 4.°, a la autoridad judicial que dicte una resolución condenatoria al pago de cantidad líquida la imposición de unos intereses. Según el precepto citado, «ésta devengará en favor del acreedor, desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes, o disposición especial, salvo que interpuesto recurso la resolución fuere totalmente revocada. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto».

Por tanto, si se reclamó una cantidad líquida, veremos en su momento que los intereses moratorios corren desde la fecha de la reclamación, si, según interpretación hasta ahora predominante en la jurisprudencia, la sentencia concede la misma cantidad reclamada. Pues bien, a partir de la fecha de la sentencia en primera instancia corren los intereses del artículo 921, absorbiendo o sustituyendo a los intereses moratorios, salvo que por pacto o por otra causa el tipo de éstos sea más elevado que el previsto en el citado precepto (Ss. de 22 de abril de 1982 y 17 de marzo de 1987).

c) *Devengo y exigibilidad.*—Hemos dicho que los intereses se devengan normalmente a razón de un tanto por ciento del capital en relación con un espacio temporal en el que se disfruta de capital de otro (cuatro por ciento anual, por ejemplo). En función de este ritmo de devengo deben calcularse los intereses debidos en un caso concreto (v. gr., si se han prestado mil pesetas a devolver a los seis meses, al cuatro por ciento anual, el deudor no deberá pagar por intereses cuarenta pesetas, sino veinte).

Ahora bien, devengo y exigibilidad de la deuda pueden no coincidir, porque se haya pactado otro plazo distinto para reclamar los intereses o lo impongan los usos. Por ejemplo, se devengará intereses al cuatro por ciento anual durante dos años, pero se pagarán al vencimiento de la obligación principal junto con ésta. Salvo la existencia de ese pacto o de usos al efecto, debe entenderse, sin embargo, que la exigibilidad se produce al final de cada período de devengo (art. 1.113).

d) *Prescripción.*—A la deuda de intereses le es aplicable el artículo 1.966, n.° 3, a cuyo tenor prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que impongan el pago «por años o en plazos más breves», por el transcurso de cinco años.

El artículo 1.976 tiene como presupuestos la existencia de obligaciones que obliguen a realizar prestaciones periódicas. Por tanto, se aplica cuando la obligación contraída obligue al pago de intereses cada año, u otro plazo más breve, durante su vigencia.

e) *El párrafo primero del artículo 1.110.*—Determina el citado precepto en relación con los intereses devengados y no satisfechos: «El recibo de un capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos».

Presupuesto para su aplicación es «el recibo de un capital», que se interpreta como alusiva al documento que el acreedor da al deudor reconociendo el hecho del pago, y en el que también ha de constar la reserva sobre los intereses. Tiene, pues, la naturaleza de una confesión extrajudicial, por lo que podrá ser impugnada por error de hecho (art. 1.232). Sin embargo, no faltan autores que mantienen que «recibo» no es sinónimo más que del hecho de que el capital se ha entregado (así S. de 27 de mayo de 1983). Otro sector de la doctrina interpreta que el precepto comentado no establece más que una mera presunción.

f) *Anatocismo.*—El anatocismo es la acumulación de intereses al capital, ya devengados, al efecto de la producción de nuevos intereses.

El anatocismo puede ser legal y convencional.

El anatocismo legal se encuentra previsto en el artículo 1.109, de acuerdo con el cual los intereses vencidos devengan el interés legal «desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto».

El anatocismo convencional se origina por voluntad de las partes. Es un pacto lícito, como lo demuestra la última frase del artículo 1.109, si bien tendrá las limitaciones derivadas de la Ley de Usura de 1908. También puede resultar de los usos generales en una determinada rama del tráfico económico o del mundo de los negocios (por ejemplo, usos bancarios).

VI. LAS OBLIGACIONES GENERICAS

Se denominan obligaciones genéricas aquellas obligaciones de dar en las cuales la cosa objeto de la prestación se encuentra determinada únicamente a través o mediante su pertenencia a un género. Por género se entiende, en el lenguaje jurídico, un conjunto más o menos amplio de objetos de los que se pueden predicar unas condiciones comunes. En cambio, se denominan obligaciones específicas aquellas que recaen sobre cosas concretas y determinadas. En éstas, el deudor sólo cumple entregando la cosa prefijada (el coche Seat M-35467-A; la finca «Lentejuela», etc.). En las obligaciones genéricas, el deudor puede cumplir entregando uno cualquiera de los objetos o una determinada cantidad de ellos, siempre que pertenezcan al género estipulado (100 kilos de naranjas o un coche Ford modelo «Fiesta»).

Las consecuencias más notables del carácter genérico de las obligaciones son las siguientes:

1.ª Puede ser cumplida en vía de ejecución a costa del deudor (art. 1.096, p. 2.º):

2.ª Si la calidad y circunstancias no se han expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de la calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior (art. 1.167). El precepto funciona, sin embargo, como una norma dispositiva y permite que se antepongan a ella la voluntad de las partes, incluso deducida de la interpretación del contrato.

3.ª Se entiende que el género nunca perece *(genus numquam perit)* y como siempre existen cosas pertenecientes al género, la pérdida o destrucción de las cosas genéricas que el deudor poseyera no supone imposibilidad objetiva de cumplir la prestación. Lo contrario ocurre en la obligación específica, porque al estar perfectamente individualizada la cosa, la pérdida sobrevenida ocasiona la imposibilidad de cumplir (art. 1.182, *a contrario).*

A) La concentración o especificación

La obligación genérica necesita concretarse o especificarse, es decir, convertirse en una obligación específica. El deudor ha de entregar la cosa debida, y para ello es preciso su concreción dentro del género a que pertenece. La transformación de la obligación genérica en específica tiene importantes consecuencias jurídicas, siendo la principal la desaparición del juego de la regla *genus numquam perit,* y su sustitución por los artículos 1.182 y 1.183, o sea, la extinción de la obligación del deudor por perecimiento, destrucción o imposibilidad legal de la entrega de la cosa determinada, sin su culpa.

¿Quién puede hacer la concentración? ¿Es posible, con efectos jurídicos, una concentración antes de que llegue el día del cumplimiento de la obligación? Ante todo hay que estar a lo convenido por las partes y a los usos (art. 1.258), en ausencia de toda norma sobre la cuestión.

Si el acuerdo de las partes o los usos no existen, entendemos que la concentración no sólo es facultad sino deber del deudor, pues si ha de hacer lo necesario para cumplir, evidentemente que ha de proceder a la concentración a fin de realizar la obligación de entrega de la cosa. Ningún precepto del Código civil impone para la concentración la intervención del acreedor. Rechazará o aceptará la cosa que reciba si no se ajusta a lo pactado, con lo que implícitamente rechaza o acepta la concentración hecha por el deudor, pero *a posteriori* de ella. Pero esa concentración, si no se hace para cumplir inmediatamente o con la dilación temporal entre concentración y cumplimiento permitida por los usos o la buen fe, no transforma la obligación genérica en específica, salvo que haya sido aceptada por el acreedor.

No hay ningún obstáculo para que la concentración la haga un tercero, si las partes han convenido en ello. Es un criterio válido para hacer determinado el objeto de la prestación, que hasta entonces es meramente determinable (arg. arts. 1.447 y 1.690).

B) Obligaciones del género limitado

La doctrina suele distinguir una obligación genérica normal u ordinaria y una obligación genérica delimitada o de género limitado, como una variante de aquélla. La obligación de género limitado supone que las partes no sólo han designado el género a que pertenece la cosa, sino también otras circunstancias externas que sirven para delimitarla, como la procedencia (te compro 1.000 litros de vino de tu cosecha de este año), el lugar donde se encuentra (te vendo 1.000 litros de vino de los que tengo en mi bodega), u otras semejantes (v. gr., X litros de vino de la cosecha de 1960).

La delimitación hace que la pérdida fortuita de las cosas incluidas en ella libere al deudor de su obligación. Restringe, pues, el juego de la regla *genus nunquam perit.*

VII. LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

Según el artículo 1.131, «el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas». De conformidad con este precepto, la obligación es alternativa cuando han sido previstas diversas prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir solamente una de ellas.

Por hipótesis, la obligación alternativa implica que a una de las partes (o a un tercero) se le concede la facultad de elegir una entre diversas prestaciones previstas en la obligación sin necesidad de un nuevo acuerdo, puesto que si así no fuera nos encontraríamos en presencia de un supuesto de falta de deter-

minación del objeto de la obligación y, por consiguiente, la falta de obligación válida.

A) La elección

La elección entre las diversas prestaciones previstas puede ser un poder del deudor o del acreedor. La elección es un poder dirigido a producir una mutación jurídica, en cuanto su actuación transforma una obligación con un contenido no completamente determinado en otro determinado.

El artículo 1.132, de acuerdo con el principio *favor debitoris,* atribuye la elección al deudor, «a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor» (cfr. art. 1.136 p. 1.°). No requiere para este último supuesto ninguna palabra sacramental, sino que del texto de la obligación adecuadamente interpretado se deduzca la concesión al acreedor de la facultad de elegir.

La elección puede ser atribuida a un tercero (por aplicación analógica de lo que se dispone en el artículo 1.447) o al azar.

La elección es una declaración de voluntad recepticia. Según el Código civil, no produce efectos sino desde la notificación (a la otra parte), efecto que consistirá en cesar de ser alternativa (arts. 1.133 y 1.136 p. 1.°). No se impone legalmente ningún requisito de forma para la notificación, aunque sea conveniente para dejar constancia que se hizo. Tampoco la aceptación de la parte a quien se dirige, aunque puede rechazarla si no se ajusta a los términos de la obligación (p. ej., el deudor elige una prestación que no estaba prevista). La elección es irrevocable desde que llega a conocimiento de la otra parte (art. 1.262 por analogía).

El Código civil especifica unos límites a la facultad de elección cuando corresponde al deudor. El párrafo 2.° del artículo 1.132 expresa que no tendrá derecho a elegir prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de obligación [1]. El párrafo 1.° del artículo 1.131 dice que «el acreedor no podrá ser compelido a recibir parte de una (prestación) y parte de otra».

Por una razón de analogía estas limitaciones al poder de elección del deudor valen también cuando es el acreedor quien lo ostenta.

La facultad de elección, como adquirida en virtud de la obligación, es transmisible con la obligación misma, salvo pacto en contrario (art. 1.112).

La elección es, además de facultad, un deber. Si el titular es el deudor, porque debe elegir para cumplir su obligación. Si es el acreedor, porque el deudor tiene derecho a liberarse cumpliendo, lo que no puede hacer hasta que aquél elija. Las consecuencias de la no elección son la mora del deudor o del acreedor, que veremos en otro capítulo. Aquí nos basta con señalar que la pérdida de cualquiera de los objetos será a su cargo o de su responsabilidad, a los efectos que veremos a continuación.

[1] El artículo 1.132, p. 2.°, expresa deficientemente la idea de que el hecho de ser ilícita o imposible originariamente una de las prestaciones no hace nula por completo la obligación alternativa, sino que queda reducido el derecho de elección entre las que reúnen las características legales.

B) La imposibilidad sobrevenida en la obligación alternativa

El régimen legal de las diversas hipótesis de imposibilidad sobrevenidas se encuentra regulado en los artículos 1.134-1.136, que distinguen según la elección fuese del deudor o del acreedor.

a) *Elección del deudor.* Determina el artículo 1.134 que perderá el derecho de elección si de todas las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuera realizable. Este efecto se origina cualquiera que hubiese sido la causa de la pérdida.

En cambio, la situación jurídica del deudor es distinta cuando por su *culpa* hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible su cumplimiento. El artículo 1.135 concede al acreedor el derecho de exigir daños y perjuicios, «tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiese hecho imposible». Aunque el Código habla aquí de indemnización de daños y perjuicios, la regla denota que no es más que un equivalente de la prestación imposible. El resarcimiento del daño es independiente, y dependerá de su efectiva existencia y de la responsabilidad en que el deudor pueda haber incurrido.

Si no todas las prestaciones se han hecho irrealizables, la elección del deudor deberá recaer sobre las que queden.

b) *Elección del acreedor.* Las responsabilidades del deudor se rigen por las siguientes reglas contenidas en el artículo 1.136:

1.ª Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumple el deudor entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado si subsistiera sólo una.

2.ª Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido.

3.ª Si se hubiesen perdido por culpa del deudor todas las cosas, la elección del acreedor recaerá sobre su precio.

Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles.

VIII. LAS OBLIGACIONES CON FACULTAD ALTERNATIVA

En las obligaciones alternativas aparecen varias prestaciones previstas en la obligación. Aunque de todas ellas una solamente debe ser objeto de cumplimiento, todas son indistintamente objetos posibles de la obligación.

En cambio, hay obligaciones que contienen una sola prestación, si bien se conceden una facultad solutoria (facultad alternativa o *facultas solutionis)*, que permite en el momento del pago liberarse con la realización de una prestación distinta (obligaciones con facultad alternativa).

La diferencia práctica más importante entre uno y otro tipo de obligaciones radica en que, como las primeras (obligaciones alternativas) suponen que todas las prestaciones son inicialmente debidas, sólo el perecimiento fortuito o la imposibilidad sobrevenida de todas ellas libera al deudor y extingue la obligación. En cambio, en las segundas (obligaciones facultativas), como el deudor en rigor no debe más que una única prestación, la imposibilidad sobrevenida de la misma llevará a la extinción de la obligación, sin que haya en tal caso lugar para el ejercicio de la facultad solutoria.

La facultad solutoria no es, en rigor, una facultad de elección, pues lo debido es una única prestación, completamente enmarcada y determinada dentro de unas concretas circunstancias de tiempo y de lugar. La facultad solutoria opera únicamente como una facultad de modificar en el momento del pago la configuración primitiva de la relación obligatoria.

La facultad solutoria constituye un beneficio del deudor, aunque cabe también que se conceda al acreedor.

IX. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Sabemos que en el supuesto de concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, o hay solidaridad o hay parciariedad o hay mancomunidad. Si no hay solidaridad, el artículo 1.138 presume dividido el crédito o la deuda en tantas partes como acreedores o deudores concurran, salvo que la obligación sea indivisible (art. 1.139).

¿Cuándo una obligación es indivisible? El artículo 1.151 en su párrafo 1.° contesta en lo que respecta a las obligaciones de dar: «Se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial». Por lo que atañe a las obligaciones de hacer, el párrafo 2.° las considera divisibles «cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial». Por último, y en cuanto a las obligaciones de no hacer, el párrafo 3.° no señala ningún requisito o característica para conceptuarlas divisibles, lo que «se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular».

Así pues, la divisibilidad de la obligación de dar o de hacer depende de la posibilidad de su cumplimiento parcial como regla general. ¿Y cuándo es una obligación susceptible de cumplimiento parcial? Cuando consienta una fragmentación, y las partes que resulten sean las mismas cualitativamente porque el acreedor ha de ver satisfecho su interés total en la obligación aunque de una

manera fraccionada o proporcional, a medida que se cumplan las obligaciones nacidas de la división.

Hasta aquí hemos hablado de la indivisibilidad que pudiéramos llamar natural, o derivada de la naturaleza de la prestación a cumplir. Pero puede existir una indivisibilidad convencional, deducida del negocio celebrado o de una voluntad de las partes. Así, por ejemplo, las cuentas corrientes bancarias conjuntas, de modo que el Banco pagará el cheque librado por todos los titulares conjuntamente.

La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación posee importancia cuando concurren una pluralidad de acreedores o deudores, pues si existe un solo acreedor y deudor carece de trascendencia (cfr. arts. 1.149 y 1.169). De ahí que el régimen jurídico de estas obligaciones indivisibles sea el de las obligaciones mancomunadas, que hemos expuesto en otro capítulo anterior.

X. LA PLURALIDAD DE PRESTACIONES

La pluralidad de prestaciones puede dar lugar a:

A) LAS OBLIGACIONES OBJETIVAMENTE COLECTIVAS

Una obligación es objetivamente colectiva siempre que las prestaciones a cargo de una misma persona o deudor sean varias. Pueden ordenarse de distintos modos, según que se encuentren todas las prestaciones en el mismo plano y posean la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor, o bien que pueda considerarse una como principal y otra como accesoria.

En el primer caso, el problema que se plantea es si cada una de las prestaciones puede ser objeto de cumplimiento o exigibilidad con separación de las otras, que hay que resolver atendiendo como criterio decisivo al interés del acreedor (vid. art. 1.491).

El segundo de los supuestos a que puede conducir la pluralidad de prestaciones es el de la consideración de una como principal y otra como accesoria. El criterio para el establecimiento de esa jerarquización es ante todo el económico. Si se trata de obligaciones de dar, es principal la que tiene por objeto la cosa principal, y como obligación accesoria la que tenga por objeto cosa accesoria, entendiéndose por tal las que cumplan una función de servicio respecto de la principal.

En defecto del anterior criterio debe atenderse al modo de satisfacción del acreedor. Toda prestación necesaria para ello debe ser considerada como principal, y accesoria la que no se articula como estrictamente necesaria para aquel fin, sino que únicamente se dirigen a ampliar o extender la utilidad o el rendimiento que la prestación principal pueda darle.

B) Las prestaciones fraccionadas y periódicas

Las prestaciones fraccionadas se dan en todos aquellos casos en que una prestación permita su fragmentación y la voluntad expresa o implícita de las partes así lo consienta. Por ejemplo, se estipula que una determinada mercancía sea entregada en tres o cuatro veces.

Afines a las prestaciones fraccionadas son las prestaciones periódicas, que se caracterizan porque el programa o proyecto de prestación que lleva en sí toda obligación prevé una serie de actos del deudor, de idéntica naturaleza y de contenido homogéneo, pero separados por períodos de tiempo. Por ejemplo, el pago semanal del salario, el pago mensual del arrendamiento, etc. Son prestaciones independientes, diversas jurídicamente unas de otras.

XI. LAS «OBLIGACIONES RECIPROCAS» EN EL CODIGO CIVIL

Nuestro Código civil utiliza en diversas ocasiones el concepto de «obligaciones recíprocas» (arts. 1.100, 1.120, 1.124).

A primera vista, siguiendo la idea del legislador, parece claro que las «obligaciones recíprocas» son aquellas en las cuales los dos sujetos de la relación se encuentran «obligados». Quiere decirse que ambas partes resultan titulares de los correspondientes derechos de crédito. Pero es decisiva la «reciprocidad». Se trataría, pues, de un fenómeno complejo en el cual dos obligaciones se insertan o se integran en una más amplia, que es la «obligación recíproca».

La doctrina tradicional acostumbra a distinguir unos contratos o unas obligaciones que son unilaterales y otros que son bilaterales. Los primeros son aquellos donde hay obligaciones a cargo de una sola de las partes (v. gr., préstamo), mientras que los segundos engendran obligaciones a cargo de ambas partes (v. gr., compraventa). Dentro de este segundo grupo se distinguen a su vez dos tipos diversos, según que las obligaciones a cargo de cada una de las partes sean *aequales* o *inaequales*. En el primer tipo, las obligaciones se caracterizan por su *reciprocidad* (v. gr., la obligación del vendedor de entregar la cosa y la obligación del comprador de pagar el precio); en el segundo tipo, aparecen lo que se llaman obligaciones bilaterales imperfectas o *ex post facto* (v. gr., el depósito y el comodato determinan la obligación fundamental del depositario y del comodatario de restituir la cosa, pero pueden determinar obligaciones a cargo del depositante o del comodante en orden a indemnizar gastos, etcétera).

En las obligaciones recíprocas cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo. Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.

Este nexo que existe entre las obligaciones recíprocas se denomina técnicamente *sinalagma* y opera en dos terrenos diversos, por lo que la doctrina distingue, respectivamente, un *sinalagma genético* y *un sinalagma funcional*.

El *sinalagma genético* significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga a realizar su propia prestación. La inicial inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejado como consecuencia el que el otro deber de prestación aislado carezca de sentido. En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución (por imposibilidad y por incumplimiento), que más adelante estudiaremos.

El *sinalagma funcional* se refiere no a la génesis de la obligación, sino a su cumplimiento. Por ello, ambos deberes, funcionalmente enlazados, deben cumplirse simultáneamente. La regla de la prestación simultánea aparece así como una consecuencia inmediata de la interdependencia funcional, con las excepciones impuestas por el contrato, los usos del tráfico o la naturaleza del negocio (por ejemplo, venta al fiado, entrega previa del precio por el comprador, trabajo, obra, etc.). Cuando las prestaciones se distancian, el que cumple primero concede crédito *(credere:* esperar, confiar) a la otra parte.

Al delinear la figura de la relación obligatoria sinalagmática importa distinguirla netamente del negocio o contrato oneroso. La idea de onerosidad alude a la carga (onus) que el negocio impone. El negocio o el vínculo que de él deriva es gravoso para ambas partes, en el sentido de que exige de ellas sacrificios al mismo tiempo que les produce ventajas, que se encuentran entre sí en una determinada relación de «reciprocidad». Pero onerosidad y sinalagma no son dos maneras de contemplar un mismo fenómeno, existen diferencias. El ejemplo académico es el mutuo o préstamo en el que se pacta el pago de un interés, que es oneroso para ambas partes porque les concede ventajas y sacrificios, pero que, en cambio, no es sinalagmático, por cuanto de él derivan obligaciones sólo a cargo del prestatario: restituir y pagar intereses. Tras lo dicho, cabría pensar que todos los contratos sinalagmáticos son onerosos, pero que no es cierta la proposición contraria.

La necesidad de perfilar la distinción quizá pueda satisfacerse llevando la idea de onerosidad al campo de las atribuciones patrimoniales y manteniendo el sinalagma en el terreno de las obligaciones. Es decir, la onerosidad consistiría en que el negocio genera atribuciones patrimoniales para ambas partes. El sinalagma, en cambio, se encuentra en la línea de las obligaciones y está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación.

A) La excepción de incumplimiento contractual

Una de las consecuencia más importantes del carácter sinalagmático de las obligaciones es la llamada excepción de incumplimiento contractual *(exceptio*

non adimpleti contractus), que se funda en la regla de la ejecución simultánea y en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya. Ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación. Nuestro Código civil no ha consagrado con carácter general esta «excepción», aunque ha hecho múltiples aplicaciones concretas de ella (cfr. arts. 1.466, 1.467, 1.500, 1.502, etc.). La doctrina y la jurisprudencia no tienen inconveniente por ello en generalizar el principio que en ellas se expresan.

Para que proceda la excepción de incumplimiento es necesaria la existencia de los siguientes requisitos: *a)* una relación obligatoria sinalagmática; *b)* la falta del actor al cumplimiento de su obligación; *c)* la inexistencia de contradicción de la buena fe en la alegación de la excepción por el demandado.

Como casos en que la alegación de la excepción puede ser contraria a la buena fe se citan los siguientes:

1.° Cuando el que la invoca ha motivado, él mismo, el incumplimiento de la otra.

2.° Cuando el incumplimiento se refiere a prestaciones secundarias o carece de suficiente entidad o envergadura para justificar una negativa de la prestación demandada.

Si el cumplimiento no es simultáneo, la parte primeramente obligada a cumplir no puede oponer en rigor la excepción a la otra cuya prestación debe cumplirla posteriormente, pero en la hipótesis de que corra el riesgo de no recibirla en su momento puede suspender la ejecución *(vid.* art. 1.467).

B) La excepción de cumplimiento defectuoso

Hasta aquí la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, se admite por la doctrina y jurisprudencia la viabilidad de otra excepción, llamada de falta de cumplimiento regular *(exceptio non rite adimpleti contractus),* oponible al demandante que ejecuta su prestación, pero en forma parcial o defectuosamente, y se considera como una modalidad de la excepción general de incumplimiento. Es evidente que si el demandado admitió la contraprestación sin ninguna reserva ni protesta cuando la parcialidad o el defecto pudo comprobarlos, no puede oponer la excepción de que tratamos porque iría contra sus propios actos, ni tampoco puede negarse a cumplir lo que exceda del importe de la reparación del defecto[12]. Pero si lo omitido o ejecutado defectuosamente afecta tan gravemente a la economía de la obligación contraída de tal manera que el interés del acreedor a la prestación del obligado no queda satisfecho, cabe o la excepción del contrato no cumplido o la resolución del vínculo. Además, la *exceptio non rite adimplenti contractus* no priva al legitimado para oponerla de la acción para que los defectos e irregularidades de la prestación se subsanen (cfr. arts. 1.091 y 1.098 C.c.).

[12] *Vid.*, las sentencias de 17 de abril de 1976 y 15 de marzo de 1979 y 24 de octubre de 1986.

C) Efectos de las excepciones de incumplimiento y cumplimiento defectuoso

La excepción de incumplimiento y la de cumplimiento defectuoso constituyen medidas de defensa del demandado. Su efecto primordial es la suspensión provisional de la prestación que a cargo del legitimado para oponerlas incumbe realizar. Neutraliza temporalmente el derecho o la acción del actor, pero no lo extingue ni destruye. Desde el punto de vista procesal, la excepción determinará la desestimación (parcial si el cumplimiento es sólo defectuoso) de la demanda, pero el actor podrá iniciar una reclamación mejor fundada, cumpliendo previamente su obligación o llevando a cabo una oferta de cumplimiento simultáneo.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *Sentido de la jurisprudencia sobre prescripción quincenal de intereses,* R. C. D. I., 1966, p. 129; ALONSO PÉREZ: *Sobre la esencia del contrato bilateral,* 1955; AGUILÓ Y GINEBREDA: *Las obligaciones en moneda extranjera y su exigibilidad en juicio,* R. G. D., 1985, p. 1.727; BERCOVITZ: *Las obligaciones divisibles e indivisibles,* A. D. C., 1973, p. 507, y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 15, vol. 2, Madrid, 1983; BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 C.c. sobre el pago de las deudas de dinero,* A. D. C., 1971, p. 1.085: *Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero,* R. D. N., 1976 (núm. 91), p. 5; *La liquidez y ejecución de las deudas en moneda extranjera,* R. G. L. y J. 1982, p. 349 y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 16, vol. 1, Madrid, 1980; CAFFARENA LAPORTA: *Genus nunquam perit,* A. D. C., 1982, p. 291; *El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas,* A. D. C., 1975, p. 909; CUÑAT EDO: *El artículo 1.170 C.c. y su aplicación a la entrega de las letras de cambio,* Revista de Derecho Mercantil, 1973, p. 89; ESPÍN CÁNOVAS: *La excepción de incumplimiento contractual,* A. D. C., 1964, p. 543; LUCAS FERNÁNDEZ: *El cheque como medio de pago. La congelación del cheque,* A. D. C., 1973, p. 1.258; MORENO QUESADA: *Problemática de las obligaciones de hacer,* R. D. P., 1976, p. 467; MOREU BALLONGA: *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada,* A. D. C., 1985, p. 3; RAMS ALBESA: *Las obligaciones alternativas,* Madrid, 1982; SÁNCHEZ CALERO: *Las obligaciones genéricas,* R. D. P., 1980, p. 644; VATTIER FUENZALIDA: *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español,* R. C. D. I., 1980, p. 41; *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas,* R. D. P., 1982, p. 643: *Contribución al estudio de las obligaciones accesorias,* R. D. P., 1980, p. 28.

12. LAS CIRCUNSTANCIAS Y GARANTIAS DE LA RELACION OBLIGATORIA

I. EL TIEMPO EN LA RELACION OBLIGATORIA

La idea de tiempo puede influir en la configuración de la relación obligatoria de diferentes maneras. En primer lugar, permite distinguir unas relaciones obligatorias instantáneas o de tracto único, frente a otras que son continuas, duraderas o de tracto sucesivo. Un ejemplo de las primeras puede ser la compraventa manual con pago inmediato del precio y entrega inmediata de la cosa. Ejemplo de las segundas pueden ser el arrendamiento, la sociedad, el suministro, etc. Existe una relación obligatoria instantánea cuando inmediatamente queda extinguida por la realización de la prestación o prestaciones previstas en ellas. En cambio, las duraderas son aquéllas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado en el que se van realizando prestaciones periódicas (suministro de 10 litros de vino al mes) o se ejecuta una prestación continua (suministro de gas o electricidad).

La disciplina de las *relaciones obligatorias duraderas* plantea unos problemas que no surgen, en cambio, en las relaciones puramente momentáneas. Así, aquellas obligaciones exigen un límite, convencional o legal, de duración e imponen también unas determinadas consecuencias, como en su momento veremos, en orden a la resolución, especialmente en los casos en que la relación es sinalagmática. Si no se ha establecido el límite de duración haciéndose indefinida, la jurisprudencia admite la resolución unilateral (S. de 14 de febrero de 1973), pues es contrario a la libertad estar obligado indefinidamente.

La idea de tiempo puede utilizarse también para designar el momento inicial o final de la total relación obligatoria, (v. gr., el 31 de diciembre de 1990 termina el arrendamiento de una casa), o el momento señalado para la exigibilidad de la prestación (tiempo de la prestación o tiempo del pago; v. gr., el arrendatario pagará la renta mensual el día 2 de cada mes).

A) EL TIEMPO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

La existencia de un plazo para la realización de la prestación puede ser beneficiosa para alguna de las partes. Según la concepción más antigua, que procede del Derecho romano y que fue recogida por los autores clásicos del Derecho común, el plazo se considera como un beneficio del deudor, suponiendo que el interés de éste consiste en retrasar lo más posible la prestación, mientras que el interés del acreedor es recibirla cuanto antes. Se piensa también que, al suponer la obligación una limitación de la libertad, debe entenderse que la persona se obliga en las condiciones menos onerosas para ella.

a) *El plazo como beneficio.*—Sin embargo de lo dicho con anterioridad, el Código civil, en el artículo 1.127, sienta una presunción distinta al decir: «Siempre que en las obligaciones se designe un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquéllas o de otras circunstancias resultare haberse puesto en favor del uno o del otro.» Ello significa que ni el acreedor tiene facultad para exigir el cumplimiento antes de la llegada del término, ni el deudor puede pagar anticipadamente.

Operando la presunción del artículo 1.127, cabe no obstante que acreedor y deudor convengan en una anticipación del vencimiento. De ahí que en el artículo 1.126 se diga que «lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir». También se aplica el precepto a los supuestos en los que el beneficiado por el término renuncia a él, bien exigiendo el cumplimiento (si es el acreedor), bien anticipándolo (si es el deudor).

b) *El error del solvens.*—El Código civil dedica atención al error del *solvens* sobre el plazo, y partiendo de que el pago es válido e irrepetible porque en realidad se paga lo que se debe, preceptúa en el párrafo 2.° del artículo 1.126: «Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiere percibido de la cosa.» Por tanto, el presupuesto para su aplicación consiste en un error del *solvens* (sea excusable o inexcusable, el Código civil no distingue) concretado en la ignorancia de la existencia del plazo, que debe de abarcar tanto la equivocación en su cómputo como en su duración. En general, puede afirmarse que el error del *solvens* radica en creer vencida la deuda cuando paga.

c) *Fijación del plazo por la autoridad judicial.*—La fijación de un término para el cumplimiento puede ser expresada o deducida del tenor o circunstancias de obligación, según el artículo 1.127, lo que constituirá un problema de interpretación. El artículo 1.128 consiente a los Tribunales la fijación del plazo en dos supuestos [1].

1.° Cuando la obligación no señale plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor. Lo que equivale en el fondo a estimar que el plazo se estableció en beneficio de él.

2.° Cuando la duración del plazo ha quedado a voluntad del deudor. La obligación nace con un plazo de cumplimiento, pero no está determinado sino que lo será por voluntad del deudor. Aquí también el plazo es beneficio de éste.

d) *Supuestos legales de pérdida del beneficio del plazo.*—Existen casos

[1] La sentencia de 15 de octubre de 1965 declaró que el artículo 1.128 se orienta a regular el cumplimiento, en orden al tiempo, de las prestaciones concertadas en el contrato, pero no a fijar la duración del mismo contrato.

Sobre la necesidad de que se inste del juez por el interesado, hay jurisprudencia contradictoria (Ss. de 10 de junio de 1957, que se inclina por la afirmativa, y de 10 de mayo de 1978, por la negativa; de acuerdo con el principio dispositivo que rige el proceso civil, es más acertada la primera). En el mismo juicio donde se pide el cumplimiento, puede demandarse del juez que fije el plazo (S. de 29 de enero de 1983).

en los cuales, no obstante haberse establecido un plazo para el cumplimiento, la ley permite que el acreedor dé anticipadamente por vencida la deuda y, según la expresión legal, que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo. Se trata de casos en que se produce una sobrevenida pérdida de la confianza en el deudor y en que es necesario otorgar al acreedor una protección más vigorosa.

Los supuestos legales de vencimiento anticipado o de pérdida del beneficio del plazo se encuentran recogidos en el artículo 1.129 y son los siguientes:

1.° Cuando después de contraída la obligación el deudor resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.° Cuando no otorgue el deudor al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.° Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

B) El término esencial

Por regla general, el tiempo de la prestación o del pago determina el momento de la exigibilidad del crédito y marca el momento en que el deudor que se retrasa, se coloca o puede ser colocado en situación de mora, lo que desencadena para él una especial responsabilidad, pero la prestación retrasada es todavía posible: el acreedor puede reclamarla y el deudor puede cumplirla. El deudor ha cumplido o puede cumplir retrasadamente, pero el acreedor no sufre sustancialmente en su interés en el cumplimiento.

Existen, sin embargo, casos en los cuales los intereses de las partes en la relación obligatoria, especialmente el interés del acreedor, hacen que el término sea esencial para la prestación, porque tal y como ha sido configurada sólo es posible en un momento determinado. Por ejemplo: contrato un taxi para hacer una excursión o un viaje en un día determinado; se contrata a una cantante para actuar en una determinada fiesta; se contrata el suministro de piezas o de materias primas con interés de disponer de ellas en el momento en que lo exigen los programas de fabricación.

El término esencial puede ser un término esencial absoluto y un término esencial relativo o impropio, según el interés que en el término ostente el acreedor y que dicho interés no subsista o subsista aunque haya pasado el término de cumplimiento. En uno y otro caso, el deudor no puede pretender liberarse con una prestación tardía y el acreedor dispone de un derecho de resolución del vínculo obligatorio. La diferencia, sin embargo, estriba en que en el caso del término esencial propio esta resolución debe entenderse como automática, mientras que en el término esencial impropio exige una comunicación dirigida por el acreedor al deudor en tal sentido, disponiendo, por tanto, el acreedor de la opción para reclamar todavía un cumplimiento retrasado, no obstante el transcurso del término.

II. EL LUGAR DE LA OBLIGACION

La exigencia de localización de la relación obligatoria obedece a la necesidad de dar respuesta a una serie de problemas prácticos, como son la aplicación de un régimen jurídico, legal o consuetudinario (vid. art. 10.5.° del Título Preliminar); la determinación de la competencia del juez que debe conocer de los litigios planteados por la obligación, o la determinación del lugar donde deben cumplirse los deberes y ejercitarse los derechos que la relación obligatoria establece.

Para determinar el lugar de prestación, el artículo 1.171 da unos criterios generales, que son:

1.° El lugar que hubiese designado la obligación. Debe atenderse, pues, a lo establecido por los propios interesados.

2.° No habiéndose expresado, y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.

3.° En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor (por el principio *favor debitoris).*

Estos tres criterios, sin embargo, no solucionan todos los problemas que nacen de la necesidad de fijar el lugar de cumplimiento. Son extraordinariamente rígidos, por lo que su interpretación literal no debe prevalecer. Así, por ejemplo, no hay ninguna mención en ellos a los usos del tráfico, verdaderamente relevantes en esta materia y a los que hay que tener en cuenta por lo dispuesto en el artículo 1.258 en defecto de norma o convenio de las partes sobre la designación del lugar. Por otra parte, no señala el artículo 1.171, pese a ser un precepto con pretensiones de generalidad, el lugar de cumplimiento de las obligaciones de no hacer, ni el de las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, ni el de las nacidas de la responsabilidad extracontractual.

En las obligaciones de no hacer es evidente, de acuerdo con su función, la necesidad de expresar geográficamente el punto en que la omisión debe cumplirse. Generalmente se determina por las estipulaciones de los interesados. A falta de éstas, no podrá extenderse a un punto más amplio de aquél hasta el que alcance el interés del acreedor.

En las obligaciones sinalagmáticas, y precisamente por su carácter, el cumplimiento de una debe hacerse, salvo pacto en contrario, en el lugar en que la recíproca se cumplió (cfr. art. 1.500), criterio que creemos extensible a las que lo son *ex post facto* (V. gr., en un depósito gratuito, la obligación del depositante de satisfacer al depositario los gastos de conservación de la cosa debe cumplirse donde se devolvió el depósito).

La obligación de indemnizar daños y perjuicios en base a la culpa extracontractual debe cumplirse en el lugar en que se ocasionaron (S. de 29 de marzo de 1963).

III. LA RELACION OBLIGATORIA CONDICIONAL

La relación obligatoria puede estar sometida a una condición por la voluntad de las partes. Su régimen general se expuso ya en la teoría general del contrato, y ahora se hará el de sus particularidades.

A) Bajo condición suspensiva

Cuando la obligación ha sido sometida a una *condición suspensiva,* según el artículo 1.114 del Código civil la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento que constituye la condición. El acreedor *sub conditione* es titular de un derecho eventual. La prestación en que la obligación consiste no es exigible, pero se le atribuye una determinada protección.

Como consecuencia de lo anterior, el Código dice que el pago realizado antes que la condición se cumpla puede ser repetido por el deudor (art. 1.121, p. 2.°). El régimen de este pago se sujetará a las normas del cobro de lo indebido, si el deudor erró acerca de la existencia o cumplimiento de la condición (art. 1.895).

El acreedor condicional es beneficiario de una determinada protección legal. El artículo 1.121 dice que puede «antes del cumplimiento de las condiciones ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho». Estas acciones conservativas del acreedor condicional, que el Código deja sin tipificar, son muy amplias y quedan al arbitrio judicial.

El deudor condicional soporta, aun antes de la producción de la condición, unos específicos deberes: la diligente conservación de las cosas debidas (1.122.2.ª y 4.ª), y no influir con su comportamiento sobre el cumplimiento de la condición o no obstaculizarlo (art. 1.119).

Cuando la condición suspensiva de la que dependía la plena eficacia de la relación obligatoria queda cumplida, la obligación se purifica y despliega todos sus efectos. Por regla general, se entiende que los efectos determinados por la producción de la condición se *retrotraen* al momento de constitución de la obligación. El Código dice que «los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de constitución de aquélla» (art. 1.120). Respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer, el Código se limita a señalar que «los Tribunales *determinarán,* en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida» (art. 1.120, *in fine*).

En cuanto a frutos e intereses, por regla general no hay retroactividad. Si la obligación es sinalagmática, se entienden siempre compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó (art. 1.120, p. 1.°).

Atención especial presta el Código civil a la situación de la obligación de *dar,* mientras la condición de que depende está pendiente, en el artículo 1.122:

1.° *Deterioros sufridos en las cosas debidas.* Si son fortuitos, los soporta el acreedor. Si son debidos a culpa del deudor, el acreedor puede optar entre resolver la obligación o exigir su cumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.

2.° *Mejoras introducidas en las cosas debidas.* Si las mejoras son obra de la naturaleza o del tiempo, quedan en favor del acreedor. Si han sido introducidas por el deudor y a sus expensas, éste tiene el mismo derecho que un usufructuario (arts. 487-488).

3.° *Imposibilidad sobrevenida de la prestación.* Si la imposibilidad es fortuita o sin culpa, el deudor queda liberado y la obligación se extingue. Si la imposibilidad es debida a culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios.

La imposibilidad sobrevenida la refiere el Código civil a la pérdida de la cosa debida, aclarando que «entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignore su existencia, o no se pueda recobrar». Habrá igualmente imposibilidad sobrevenida cuando el deudor, pendiente la condición, enajena la cosa a un tercero de buena fe.

B) Bajo condición resolutoria

Cuando la condición a que ha sido sometida la obligación es resolutoria, la relación despliega todos sus efectos desde el momento mismo de su constitución. La llegada de la condición opera como una circunstancia que pone fin a la relación.

La resolución puede, sin embargo, ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando la resolución borra todos los efectos producidos. El artículo 1.114 habla de una «pérdida de los derechos ya adquiridos», y, más claramente todavía, el artículo 1.123 dice que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido». La resolución es simplemente relativa cuando extingue para el futuro la relación con unos deberes anejos de liquidación, pero sin borrar los efectos ya producidos. Para optar entre uno y otro tipo de resolución habrá que atender a los propósitos de las partes y a la naturaleza de la relación obligatoria. Por regla general, en las relaciones obligatorias duraderas deberá entenderse que la resolución es relativa, mientras que la resolución absoluta es aplicable a las relaciones obligatorias instantáneas.

Cuando haya de hacerse la restitución de las cosas, se entregarán las mismas que fueron objeto de la obligación, y si fueren irrestituibles, el valor que tuvieren (cuando deba hacerse la restitución).

Por lo que se refiere a la pérdida, deterioros o mejoras de las cosas se aplican las reglas antes examinadas al que deba hacer la restitución. Igual remisión hay que hacer cuando la resolución afecte a obligaciones de hacer o de no hacer (art. 1.123).

IV. LAS GARANTIAS DE LA OBLIGACION: CLASES Y CARACTERES

La garantía, en sentido técnico y específico, es un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad, según su tipo, que se une al crédito para reforzar la seguridad del acreedor de que su interés se verá satisfecho. Por eso el patrimonio del deudor, afecto por principio legal (art. 1.911) al cumplimiento de sus obligaciones, no es una garantía en el sentido indicado. El poder de agresión sobre todos los bienes presentes y futuros de su deudor lo tiene todo acreedor, para la satisfacción forzosa de su interés, como norma general; todo crédito se halla dotado del mismo.

Las garantías suelen clasificarse en reales y personales.

Las garantías reales conceden al acreedor el poder de dirigirse contra cosas concretas y específicas, realizando por los procedimientos legalmente establecidos su valor a fin de satisfacerse con lo obtenido en caso de incumplimiento por el deudor (prenda o hipoteca), o con los frutos o con aquella realización (anticresis), y son oponibles *erga omnes*, es decir, cualquiera que sea el titular de la cosa después de constituida la garantía está sujeto a la acción del acreedor. Otras veces conceden la facultad de prolongar una situación posesoria simplemente (derecho de retención).

Las garantías personales autorizan al acreedor para dirigirse contra un tercero a fin de que ejecute la prestación que satisface su interés, bien por haberse obligado a ello para el supuesto de que el deudor no cumpla (fianza), bien por haberse obligado en igualdad de posición jurídica con el propio deudor (por ejemplo, fianza solidaria del artículo 1.822 C. c.). También pueden suponer la exigencia de una prestación adicional al propio deudor (pena convencional).

De la naturaleza intrínseca de la garantía se deduce su accesoriedad y subordinación al crédito garantizado, depende de él en cuanto a su existencia y subsistencia.

V. CLAUSULA PENAL: CARACTER, FUNCIONES Y EFECTOS

Se denomina «pena convencional» a la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero, que el obligado se compromete a satisfacer al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación. Por ejemplo, el contratista se obliga a pagar una suma de dinero por cada día que retrase la entrega de la obra que se obligó a construir.

La pena convencional se establece usualmente por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la obligación. De ahí su nombre más común y que acepta el legislador: *cláusula* penal. Pero nada impide que se origine en otro negocio separado, y que se pacte también con

posterioridad al negocio creador de la obligación, siempre que sea anterior al momento de su vencimiento.

De lo expuesto se deduce que hay un nexo de dependencia y accesoriedad entre cláusula penal y obligación principal, que trae como consecuencia, según el Código civil, el que «la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal», pero que, en cambio, «la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal» (art. 1.155), a menos que, pensamos, las partes no hayan querido ésta sin aquélla.

La cláusula penal es considerada por el artículo 1.152 como *sustitutiva* de la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses a que todo deudor incumplidor está sometido por el artículo 1.101. Pero la norma del Código civil citada primeramente, como ella misma indica, no es imperativa («si otra cosa no se hubiera pactado»). Es en la ausencia de esa voluntad cuando se entiende en función sustitutoria. En la realidad, el carácter penal propiamente dicho lo tendrá la cláusula si es exigible *además* de los daños y perjuicios, o cuando, aun en función sustitutoria, el monto a que asciende es superior a los daños y perjuicios que podría reclamar el acreedor. Entonces, además, cumple una función coercitiva de garantía, porque el deudor tratará verosímilmente de cumplir para eludirla [2].

La cláusula penal sustitutoria opera automáticamente. El acreedor no tiene que demostrar que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, según los casos para los que se haya establecido, ha ocasionado daños y perjuicios (Ss. de 8 de enero de 1945 y 10 de abril de 1956).

La estipulación de una pena convencional reviste una configuración distinta si al deudor se le otorga la facultad de liberarse de la obligación pagando la pena, concesión que ha de ser expresa. Este pacto, permitido por el artículo 1.153, hace surgir la pena de arrepentimiento o multa penitencial, y es, en esencia, una obligación facultativa con cláusula de sustitución (S. de 21 de febrero de 1969).

Por último, el mismo artículo 1.153 niega al acreedor la facultad de exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena sin que le haya sido claramente concedida. No obstante, en modo alguno se le prohíbe, como norma general, que exija el cumplimiento, en otras palabras, que la cláusula penal no le obliga a pedir exclusivamente su efectividad. Cabe que opte por el cumplimiento (en forma específica) y, caso de no lograrlo, por la cláusula penal, pero siempre en grado subsidiario.

Las partes son libres de especificar el supuesto o supuestos en que, dándose, tendrá efectividad la cláusula penal. Es posible sintetizarlos en casos de incumplimiento total y cumplimiento defectuoso, en el que se incluye el cumpli-

[2] La cuantía mayor o menor de la pena nada tiene que ver con la Ley de 1908 prohibitiva de la usura, ni tiene nada que ver con la ilicitud de la causa de los contratos (S. de 19 de febrero de 1985).

miento tardío. Es esencial para su efectividad que subsistan los supuestos en base a los cuales se pactó (S. de 21 de marzo de 1973).

El incumplimiento o cumplimiento defectuoso ha de ser imputable al obligado al pago de la pena, no debido a caso fortuito o fuerza mayor (Ss. de 15 de diciembre de 1926 y 5 de noviembre de 1964), salvo que se haya convenido que también en estos dos últimos casos sea exigible (arg. arts. 1.152, p. 2.°, y 1.105).

A tenor del artículo 1.154, el juez *modificará* equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Es una disposición de obligada observancia, una norma imperativa a aplicar aunque no haya sido solicitada por quien pudiera beneficiarse de la reducción (Ss. de 19 de junio de 1941, 3 de enero de 1964 y 1 de diciembre de 1965).

La cláusula penal, como declaración de voluntad, ha de ser interpretada adecuadamente con las reglas de interpretación de los contratos. Si las dudas no quedan disipadas con esta labor, ha de seguirse el criterio jurisprudencial favorable a una interpretación restrictiva sobre la existencia, contenido y alcance de la pena (Ss. de 13 de junio de 1906, 19 de junio de 1941 y 10 de junio de 1969, entre otras).

VI. LAS ARRAS: CLASES Y EFECTOS

Las arras pueden ser definidas como la entrega de una suma de dinero, que es lo usual y así lo estima el Código civil en el artículo 1.454, u otra cosa que un contratante hace al otro en el momento de la celebración del contrato.

En razón a la función económica que realizan, la finalidad que persiguen y los efectos que producen, cabe clasificar a las arras de la siguiente manera:

a) *Confirmatorias.*—Cuando la entrega cumple la función de señal de la celebración de un contrato o prueba de su perfección. Como dice el artículo 343 del Código de comercio, la cantidad se reputa dada a cuenta de un precio. La señal confirma la perfección de un contrato, constituida por un principio de ejecución (pago parcial de la prestación).

b) *Penitenciales.*—Cuando la entrega permite a cualquiera de los contratantes desistir de la ejecución de un contrato ya perfeccionado, allanándose quien entregó las arras a perderlas y quien las recibió a devolverlas duplicadas. En esta función la que, en principio, reconoce el artículo 1.454 a las arras en la compraventa.

c) *Penales.*—Funcionan en caso de incumplimiento de las obligaciones —en que se pierden o devuelven dobladas según quien sea el que incumple, si el que las entregó o el que las recibe—, pero no facultan para desligarse de la obligación, que puede ser exigida coactivamente. Poseen indudable analogía con la cláusula penal (*vid.* art. 1.153) por lo que se aplicará su normativa, especialmente el artículo 1.154, en lo que lo consientan, salvo que en ésta hay una promesa de prestación para caso de incumplimiento, y en las arras penales existe una entrega efectiva y anterior al mismo.

Las partes son libres para configurar las arras como estimen conveniente. No constando claramente su voluntad, hay dos líneas jurisprudenciales. Una las reputa simplemente confirmatorias, como anticipo de precio (Ss. de 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, 12 de julio de 1986 y 30 de abril de 1988). Otra se declara en favor de la aplicación del artículo 1.154 (Ss. de 20 de mayo de 1967 y 19 de octubre de 1984, y las que cita).

VII. EL DERECHO DE RETENCION

a) *Concepto.*—El llamado derecho de retención es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega.

Este crédito del retentor, según los supuestos legales del Código civil, no tiene siempre un mismo origen. Unas veces obedece a gastos hechos en la misma cosa o por perjuicios que su tenencia haya podido causar; otras veces nace del desenvolvimiento de una actividad en favor del acreedor de restitución como consecuencia de una relación jurídica que le liga con él, y de la que proviene la tenencia de la cosa sobre la que aquella actividad ha recaído en última instancia y, en fin, hay casos en los que la retención se concede como garantía para el cobro de un crédito simplemente [3].

El crédito debe ser cierto y exigible para que opere la retención.

b) *¿Posibilidad de aplicación analógica?.*—Es claro que el derecho de retención es una figura de origen legal, aunque no es imperativo. Pero se cuestiona si es posible su extensión analógica a casos similares a los contemplados por la ley cuando en ellos concurren los caracteres que hemos visto anteriormente.

La doctrina se encuentra dividida, aunque prepondera la negativa. Se ve la retención como medida excepcional (un tomarse la justicia por su mano compeliendo al deudor), no apta para su extensión a otros casos diferentes de los legales. La jurisprudencia sienta que «se engendra siempre en una disposición legal a la que es preciso atenerse para deducir sus obligadas consecuencias en

[3] Arts. 453, 502 y 1.780; 1.600 y 1.730; 464 y 1.866.

Estos son los supuestos legales, en el Código civil, de retención. Conviene, sin embargo, advertir que en determinados artículos citados (1.600, 1.730 y 1.780) no habla simplemente de retención, sino «de retener en prenda». Es seguramente una de tantas incorrecciones habituales en él, pues no se trata en ellos de un derecho real de garantía como la prenda, sino de una simple retención.

En contra, la sentencia de 7 de julio de 1987 estimó que el «retenedor en prenda» del artículo 1.730 otorga un derecho real de esta índole al mandatario, no una simple retención.

cuantos casos puedan presentarse» (Ss. de 24 de junio de 1941 y 7 de octubre de 1949).

Pero este principio restrictivo queda bastante atenuado de hecho. La aplicación de la retención a relaciones jurídicas atípicas, es decir, no reguladas legalmente, en las que para su ordenación, aparte de las eventuales estipulaciones de las partes, deban entrar en juego las normas que disciplinan relaciones afines y que contienen aquel derecho, parece indiscutible. Lo mismo que cuando se aplican a una figura jurídica reglas de otra en las que se incluye la retención.

c) *Efectos.*—El derecho de retención es una simple facultad que se sustancia en la prolongación de la detentación de una cosa ajena por ese título, no por el que se la detentaba o poseía anteriormente. En modo alguno confiere un derecho de preferencia para cobrarse, por ese título, antes que otros acreedores en caso de colisión entre ellos, ni un derecho a la realización del valor de la cosa para aquel fin como si se tratase de un derecho real de garantía (S. de 24 de junio de 1941). La retención es garantía especial, en tanto constriñe al deudor para cumplir si quiere recuperarla cosa; es, en suma, un medio de compulsión.

La retención es oponible *erga omnes*, no sólo frente al deudor, sino también frente a los acreedores y sucesores en su titularidad. De lo contrario quedaría burlada contrayendo una deuda origen de una ejecución contra su patrimonio si no la paga a su vencimiento, o transmitiendo la titularidad de la cosa.

De lo expuesto se sigue que el derecho de retención carece de naturaleza real, aunque presenta caracteres (como el anterior) propio de los derechos reales.

El retentor es un poseedor, y como tal está protegido en su posesión por la ley (art. 446). Está obligado a conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.094), y no podrá usar, disfrutar o disponer de ella. Si es cosa fructífera, debe recoger los frutos que se produzcan durante su posesión, porque ha de entregarla con ellos (art. 1.095, p. 1.°). En general, y por lo que respecta a su situación jurídica, tendrán aplicación supletoria las reglas del depósito, salvo las incompatibles con la naturaleza jurídica de la retención.

d) *Extinción.*—Causas específicas de extinción de la retención son el pago *total* de la deuda que garantizaba y la restitución o entrega de la cosa de modo voluntario.

Por lo que respecta a la segunda, no se recobra el derecho de retención aunque la cosa vuelva a poder del retentor si éste, voluntariamente, se desprendió de su posesión antes de haber sido satisfecho. Ha renunciado así a la garantía por el crédito que, en el momento que consideramos, todavía no se ha pagado.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALVAREZ VIGARAY: *La retroactividad de la condición,* A. D. C., 1964, p. 828; CARDENAL FERNÁNDEZ: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones,* Madrid, 1979;

DEVOTO: *L'obligazione a esecuzione continuata.* Padua, 1943; DÍEZ-PICAZO: *El pago anticipado,* R. D. M., 1959 (julio-septiembre), p. 37; MORENO QUESADA: *El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garatías.* A. D. C., 1971, p. 429; NATOLI: *Il termine essenziale,* R. D. Com., 1947, I, p. 221; TORRES DE CRUELLS: *La medida cautelar del artículo 1.121 del Código civil,* A. D. C., 1959, p. 1219.

BELTRÁN DE HEREDIA ONIS: *El derecho de retención,* Salamanca, 1955; ESPÍN CÁNOVAS: *La cláusula penal,* R. D. P., p. 145; GARCÍA VALLÉS: *Cláusula penal en el Derecho español,* Pamplona, 1974; HERNÁNDEZ GIL: *Las arras en el derecho de la contratación,* Salamanca, 1958; LOBATO: *La cláusula penal en el Derecho español,* Pamplona, 1974; LÓPEZ DE HARO: *El derecho de retención,* Madrid, 1921: LÓPEZ Y LÓPEZ: *Retención y mandato,* Bolonia, 1976; ORTÍ VALLEJO: *Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal,* R. G. L. J., 1982, p. 281; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *La cláusula penal en las obligaciones contractuales,* en «Estudios de Derecho Privado». Madrid, s.f. vol. 1, p. 269; RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal.* R. D. P., 1975, p. 374.

13. LA DINAMICA DE LA OBLIGACION. EL CUMPLIMIENTO

I. EL PAGO O CUMPLIMIENTO

Por pago entendemos, en un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación *(solutio).* El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor.

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor, que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria.

El artículo 1.156 considera escuetamente el pago, haciéndolo sinónimo de cumplimiento, y como uno de los modos de extinción de la obligación.

No depende de la voluntad del acreedor recibir el pago, pues está obligado a procurar la liberación del deudor. Sólo si se quiebran los principios de exactitud e integridad de la prestación podrá rehusarlo: dicha prestación no se ajusta a lo pactado.

II. LOS SUJETOS DEL PAGO

¿Quién puede pagar una deuda? Evidentemente el deudor al acreedor. Además existe la posibilidad de que pague un tercero distinto del deudor o que se haga el pago a persona distinta del acreedor, como veremos después. El *solvens,* lo mismo que el *accipiens,* ha de poseer determinada capacidad para hacer y recibir el pago.

a) *Las voluntades en el pago y naturaleza jurídica del mismo.*—Ante todo, el pago requiere una voluntad para hacerlo y una voluntad para recibirlo. Pero desde un punto de vista jurídico, la valoración de esas voluntades no es un punto en que estén de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia.

Algunos han entendido que es necesario un acuerdo entre deudor y acreedor para que la prestación que se haga tenga los efectos de pago, llegándose a hablar incluso de un contrato, sujeto el acto en consecuencia a toda su disciplina (vicios de la voluntad, etc.). Sin embargo, esta necesidad de acuerdo no existe en el Código civil, pues el acreedor no puede negarse a recibir el pago que se le ofrece, no es libre para no aceptarlo. Unicamente tiene facultades de control, en el sentido de que ha de comprobar que se ajusta a lo convenido

al constituirse la obligación; de lo contrario, puede rechazarlo. Pero obsérvese que este rechazo no puede estar provocado más que por falta de aquel ajuste, no por cualquiera otra causa.

Ante la falta de relevancia de la voluntad del acreedor en el pago (en el sentido de que no es libre para aceptarlo o rechazarlo o, como quiere la anterior doctrina, para *contratar*), se polariza toda la atención en la voluntad del deudor, y se exige que éste tenga la intención de dar a la prestación la finalidad de cumplir la obligación, si bien se la presupone en la mayor parte de las ocasiones por el hecho de haber contraído una deuda con anterioridad de donde surge el deber de pagar. Es lógico que aquella prestación no la haga *donandi causa,* sino *solvendi causa.* Pero aun así, que mitiga hasta el límite las consecuencias que pudieran deducirse del postulado de la teoría, no parece que encaje esta tesis con la normativa del Código civil, que no da una especial relevancia a la voluntad del deudor en el pago, salvo cuando hay un error en el mismo porque no exista la obligación; entonces obliga a la restitución al *accipiens,* como estudiaremos al exponer el llamado por el Código civil «cuasi contrato de cobro de lo indebido». El único dato que importa al legislador es que el deudor esté ya vinculado con anterioridad por la obligación que ha contraído, no su intencionalidad al hacer la prestación.

Si el pago no es un negocio jurídico unilateral tampoco, como acabamos de ver, hay que estimarlo como un acto jurídico, o, con más exactitud, un acto debido. Como tal acto jurídico, produce los efectos legales previstos en la norma cualquiera que sea la intencionalidad de su autor. Es debido porque está obligado a observar la conducta prescrita en la obligación.

b) *Capacidad del solvens.*—La capacidad para realizar el pago es contemplada en el artículo 1.160 con referencia a las obligaciones *de dar,* preceptuando que «no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla», pero si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, «no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe».

De la norma expuesta se deducen las siguientes consecuencias:

1.ª El legislador se refiere en ella a los supuestos en que por el pago se transfiera la propiedad de una cosa (o la titularidad de un derecho). Por ello requiere la «disposición» y «capacidad para enajenarla».

2.ª El pago hecho por quien no tiene la capacidad legal requerida no es un pago válido, y puede ser repetido como principio general, lo mismo que el efectuado por quien no tiene la libre disposición de la cosa (p. ej., le afecta una prohibición de disponer), y con más razón por quien no es propietario de la misma (pues ni siquiera posee entonces su disposición).

El artículo 1.160, en lo que respecta al pago por el incapaz, tiene plena aplicación en los supuestos en que la obligación contraída, y que se quiere extinguir con este pago, lo fue por persona capaz pero que ha perdido la capacidad en el momento de cumplir. El régimen jurídico de la obligación contraída por

el incapaz y pagada también por él se resuelve en la acción de anulabilidad, que ya sabemos que obliga a la restitución de las prestaciones efectuadas en base a aquella obligación.

El pago de la obligación por el incapaz de pagar es anulable (cfr. art. 1.301). y la acción de repetición corresponderá al mismo incapaz cuando tenga o recobre su capacidad o a sus representantes legales durante la situación de incapacidad (cfr. art. 1.302). No obstante, el acreedor podrá excepcionar la mala fe con la que se actúa para paralizar la acción de repetición, pues es conducta contraria a la buena fe pretender la repetición sin cumplir la obligación de pago que se contrajo (cfr. art. 7.°1 del Título Preliminar).

En las hipótesis en que se pague con cosa ajena o con cosas propias, pero de las que no se puede disponer, el verdadero propietario o beneficiado con la prohibición de disponer podrá reivindicar o pedir la nulidad del pago y restitución de la cosa al deudor (si la prohibición debe afectar a terceros), respectivamente. Además, claro está, el pago es repetible por el *solvens,* aunque al igual que el que recibe un pago del incapaz, podrá negarse a la restitución de la cosa si no se está dispuesto coetáneamente a cumplir su obligación de hacer un pago válido y eficaz.

La acción de repetición queda excluida siempre que «el pago hubiera consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible», si el acreedor «la hubiese gastado o consumido de buena fe». Esta excepción que marca el artículo 1.160 a la regla general de la repetición de los pagos en los que no concurran los requisitos por él puestos, exige que la buena fe exista precisamente en el momento de la consumición o gasto. Al *accipiens* le incumbe probar la concurrencia de aquellos requisitos legales.

Cuando el pago consista en la ejecución de una obligación de hacer o no hacer, el Código civil guarda silencio sobre la capacidad que ha de poseer el *solvens,* seguramente porque la cuestión carece de trascendencia al ser irrepetible el pago ya efectuado. Subsistirá únicamente la posible impugnabilidad del negocio de constitución de la obligación, si el que se obligó carecía de capacidad para celebrarlo, que determinará en su caso la restitución del valor que se asigne a la prestación ejecutada (cfr. art. 1.303 y sentencia de 7 de enero de 1964, que lo amplía a las hipótesis de contratos distintos del de compraventa, en función del cual aquel precepto está contemplado).

c) *Capacidad del accipiens.*—También el *accipiens* del pago debe poseer capacidad para recibirlo. Si el deudor hace el pago a un incapacitado no se libera, lleva a cabo un acto ineficaz.

Según el párrafo 1.° del artículo 1.163, «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad». La capacidad para el cobro es, en línea de principio, la que sea suficiente para administrar bienes (incapacitado o menor no emancipado que no se halle en el supuesto del artículo 164.4.° carecen de ella). Pero el pago es válido y liberatorio si, pese a no tercer esa capacidad, le ha sido útil, cuya prueba es del *solvens* que sostenga la validez y, en consecuencia, su liberación. El pago será válido también si es aprobado o ratificado por el representante legal del incapaz, que es quien debió recibirlo.

De nuevo hay que tener en cuenta la situación del acreedor en el momento de constitución de la obligación y en el del pago. El artículo 1.163, párrafo primero, se refiere a este último.

La conversión del pago en un pago válido por utilidad debe entenderse en el sentido de que la prestación haya determinado un enriquecimiento del incapaz, lo que ha de ser juzgado en la misma medida que en el artículo 1.304.

Para la validez del pago hecho al acreedor es preciso que éste posea una plena disponibilidad sobre el crédito. El acreedor carece de ella cuando ha sido ordenada judicialmente la retención de la deuda, comunicada al deudor (art. 1.165). Así, por ejemplo, se embarga el crédito y la autoridad judicial notifica al deudor que no pague al acreedor, sino que ponga a disposición del Juzgado su importe.

III. EL PAGO POR TERCERO

a) *Legitimación del tercero y excepciones.*—La legitimación de cualquier tercero para pagar por el deudor está reconocida en el artículo 1.158, a cuyo tenor «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor». Incluso se admite en el precepto citado que el tercero pague contra la voluntad expresa del deudor, lo que determinará únicamente unos efectos distintos en las relaciones entre ambos que si lo hubiese hecho conforme a su voluntad, pero no su falta de legitimación para pagar.

El acreedor, pues, no podrá rehusar el cumplimiento por el tercero, salvo si se da la excepción prevenida en el artículo 1.161, según el cual «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». Aunque referida la excepción a la obligación de hacer, no parece existir inconveniente alguno en extenderla a toda clase de obligaciones, siempre que sea esencial para satisfacer el interés del acreedor que la prestación sea ejecutada por el deudor personalmente.

b) *Efectos.*—El pago del tercero, si bien libera al deudor, origina unas consecuencias jurídicas entre éste y aquél. El artículo 1.158, párrafos 2.° y 3.°, dice que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago». Es decir, el tercero dispone de una acción de reembolso si paga por «cuenta» del deudor, excepto si lo hace contra su *expresa* voluntad, pues en este caso sólo posee una acción de repetición de alcance menor: en lo que al deudor le hubiera sido útil, lo cual podrá coincidir o no con el importe de lo pagado (p. ej., si

el deudor disponía de fundamentos para oponerse al pago total o parcialmente, la acción de repetición no prosperará o sólo parcialmente).

La situación que se origina cuando el tercero paga ignorándolo el deudor no está clara. Interpretado literalmente el precepto que se ha expuesto, gozará de una acción de reembolso, puesto que no hay *expresa* oposición del deudor. Pero lo cierto es que tampoco éste ha podido manifestarla, por lo que no es justo que reembolse todo si tenía excepciones que oponer al acreedor que extinguían o disminuían su crédito (art. 1.840, por analogía).

Además de las acciones de reembolso y de repetición, el artículo 1.159 faculta al tercero para «compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos», si paga «en nombre del deudor», salvo que lo haga «ignorándolo éste». La subrogación fortalece la posición jurídica del tercero, pues le transfiere la titularidad del crédito pagado con los derechos a él anexos (art. 1.212). El artículo 1.159, en relación con el artículo 1.210.2.°, establece en una presunción de subrogación, aunque para un sector doctrinal es un supuesto de subrogación legal, de la que queda excluido el tercero que paga ignorándolo el deudor y, por supuesto, si éste se opone. Si el deudor conoce que el tercero va a pagar y no se opone, es que consiente.

IV. PERSONAS QUE PUEDEN RECIBIR EL PAGO

De acuerdo con el artículo 1.162, «el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre».

Dentro de las personas «autorizadas» para recibir el pago se incluyen tanto el representante legítimo del acreedor (porque esté incapacitado), como el voluntario. También lo será la persona que simplemente haya sido designada por las partes para recibir la prestación, conocida con el nombre de «adiectus solutionis causa». No es un mero representante del acreedor ni beneficiario de una prestación pactada en su favor. Tampoco es titular de un derecho de crédito ni posee facultad para reclamarlo. Es, simplemente, un legitimado para recibir la prestación.

A) El pago al acreedor aparente

Preceptúa el artículo 1.164 que «el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor». Es una medida de protección al deudor que honestamente cree que el que le exige el crédito o al que le paga es su acreedor. Esa creencia debe estar basada en una situación de la que resulte lícito estimar como acreedor al que no lo es en realidad (p. ej., el deudor paga a quien según un testamento es heredero del acreedor, aun cuando luego se descubra otro testamento en el que se nombre heredero a persona distinta,

o cuando el deudor pague al acreedor frente a quien contrajo la deuda, ignorando que con posterioridad cedió a otro su crédito)[1].

Como quiera que el pago resulta hecho a persona distinta del acreedor, la prueba de la buena fe corresponde al deudor que pretende quedar liberado de la obligación.

B) El pago hecho a un tercero

Si bien es cierto, como regla general, que el que paga a quien no es su acreedor no queda liberado, hay que tener en cuenta la excepción que señala el párrafo 2.° del artículo 1.163, al disponer que «será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor». Como tercero debe conceptuarse la persona que no es el acreedor y que tampoco ostenta una especial legitimación para recibir el pago.

Aparte del supuesto de que el verdadero acreedor ratifique la validez del pago efectuado, el deudor queda liberado siempre que pruebe que ha aprovechado a aquél (p. ej., el que lo recibió se lo entregó, o el verdadero acreedor dispone de la prestación aunque en poder del tercero). Pero no parece legitimar el precepto citado cualquier destino que el tercero dé unilateralmente a lo cobrado, salvo que el verdadero acreedor lo consienta o aproveche sus ventajas.

> El ingreso en una cuenta bancaria, cuando se paga una obligación pecuniaria, *por iniciativa del solvens,* habrá de entenderse que no determina, en principio, un verdadero pago. Deberá aplicarse el párrafo 2.° del artículo 1.163 y considerar al Banco como un tercero, de manera que el pago será válido si se hubiere convertido en utilidad del acreedor. Sin embargo, una posterior conformidad del acreedor al medio de pago es suficiente para ratificarlo. La conformidad puede deducirse del conocimiento del ingreso en cuenta y de la pura abstención o silencio ante ello.
>
> En cambio, es plenamente válido el pago mediante el ingreso cuando así se haya acordado entre deudor y acreedor, siendo el Banco entonces la persona designada para recibir la prestación *(adiectus solutionis gratia).* A la misma solución debe llegarse si hay una previa conformidad tácita (por ejemplo, indicación por el acreedor en membretes o impresos de su cuenta o cuentas bancarias).

[1] Las sentencias de 28 de febrero de 1896 y 19 de noviembre de 1928 niegan la aplicación del artículo 1.164 en favor del Banco que paga cheques al portador en los que la firma del titular de la cuenta contra la que se giran está falsificada, salvo que por parte del acreedor (cuenta-correntista) hubiese existido negligencia a él imputable (v. gr., no comunicó al Banco la sustracción de los talones, etc.). La sentencia de 7 de junio de 1984 considera que el Banco queda liberado de responsabilidad si, para detectar la falsificación, tiene que acudir a técnicas especiales «no exigidas por el uso comercial en el ámbito del contrato en cuestión».

V. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DEL PAGO: LA IDENTIDAD DE LA PRESTACION

Para que el pago sea plenamente regular y liberatorio es necesario que la prestación efectuada coincida con la prometida. Ello exige una confrontación entre lo pagado y lo que se prometió de la que resulte su conformidad, que puede ser expresa o deducirse de la realización y aceptación de la prestación, sin reserva ni protesta, por lo menos en aquellos casos en que su carácter defectuoso sea aparente o manifiesto.

La exactitud de la prestación puede descomponerse en dos factores distintos, a los cuales la doctrina llama identidad e integridad del pago.

El principio de la identidad del pago se recoge en el artículo 1.166, que determina que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

El principio de la integridad del pago se encuentra en el artículo 1.169, que preceptúa que «a menos que el contrato expresamente lo autorice *(o los usos: art. 1.258)*, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda».

VI. PRUEBA DE PAGO: EL RECIBO. LOS GASTOS DEL PAGO

La prueba de haberse hecho el pago corresponderá al deudor de acuerdo con el artículo 1.214 C. c., siendo admisibles todos los medios de prueba.

La expedición del recibo por el acreedor que cobra otorga al deudor una prueba básica del pago. El Código civil no establece la obligación de aquél de darlo, aunque presupone en bastantes preceptos que lo ha entregado (arts. 283, 1.110, 1.172, 2.°; 1.229, 1.616, 1.684, 1.685, etc.). Creemos que la obligación del acreedor puede fundarse en los usos del tráfico (cfr. art. 1.258), aunque el problema está resuelto indirectamente por la legislación fiscal, que obliga a la expedición de la correspondiente factura (art. 66, núm. 2.°, ap. 1.° de la Ley de 2 de agosto de 1985 reguladora del IVA), y por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, que obliga a la entrega, salvo renuncia del interesado, de «recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación» (art. 10, apartado 1, párrafo *b)*. La jurisprudencia ha admitido la obligatoriedad de extender recibo, hasta el punto de que en caso contrario el deudor puede negarse al pago (Ss. de 5 de enero de 1911 y 24 de mayo de 1955).

El régimen de los gastos ocasionados por el cumplimiento se encuentra establecido en el artículo 1.168 con carácter general. De acuerdo con él, «los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor». Es una norma de carácter dispositivo simplemente, por lo que las partes pueden válidamente acordar otro régimen. Respecto de los gastos judiciales, dice el precepto citado, «que decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por gastos extrajudiciales del pago deben entenderse, en principio, todos los que sean necesarios para cumplir la prestación (p. ej., gastos de preparación de la prestación o para situarla en el lugar de cumplimiento)[2].

VII. LA IMPUTACION DEL PAGO

a) *Supuestos.*—Cuando el deudor tiene contra sí varias deudas en favor de un mismo acreedor, al pagar es necesario determinar cuál de ellas va a quedar extinguida, lo que se realiza por medio de lo que se llama en el Código civil imputación de pagos.

El párrafo 1.° del artículo 1.172 dice que «el que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse». Prescindiendo, por ahora, del examen de la imputación como facultad del deudor, del precepto citado resulta que se exige:

1.° Existencia de varias deudas a cargo de un solo deudor. Esas deudas, entendemos, lo mismo pueden nacer de relaciones obligatorias autónomas e independientes (el deudor debe 1.000 por el precio del arrendamiento de una máquina, otras 1.000 por la custodia de la misma y otras 1.000 por reparaciones), que de una misma relación obligatoria (el arrendatario debe las rentas correspondientes a cinco meses).

2.° Las deudas deben ser de la misma especie. Con ello se excluye la imputación cuando haya que pagar cosas específicas y determinadas, pues el deudor ha de dar precisamente las mismas, que son considerados distintas de las demás (principio de exactitud del pago). En la práctica la imputación de pagos opera en el marco de las obligaciones pecuniarias.

3.° Las deudas deben ser exigibles por un solo acreedor.

> Si una persona tiene derecho a exigir de un deudor el pago de una obligación que contrajo a su favor, y el de otra contraída en favor de una persona a quien representa, en rigor hay dos acreedores, pero es necesario determinar qué deuda se paga. Puede aplicarse el artículo 1.684 para resolver la cuestión (GARCÍA GOYENA).

4.° Las deudas han de estar vencidas (arg. art. 1.174, p. 1.°). Tengamos

[2] La sentencia de 14 de febrero de 1986 incluye entre ellos los gasto de negociación con el Banco para descontar las letras de cambio aceptadas por el deudor. En contra, la de 9 de junio de 1988.

en cuenta, sin embargo, que el vencimiento puede producirse con anterioridad a la llegada del plazo fijado por voluntad del acreedor (si el término se pactó en su beneficio), por voluntad del deudor (si, por el contrario, se acordó en su provecho), o por voluntad de ambas partes (si se estableció en beneficio de ambos)[3].

b) *La imputación por el deudor.*—El artículo 1.172, párrafo 1.°, reconoce que es facultad del deudor hacer la imputación, en base seguramente en el principio *favor debitoris*. No obstante, si el negocio constitutivo de la obligación ha determinado reglas sobre la imputación, a ellas habrá que estar ante todo.

Esta facultad se ejercita, de acuerdo con el precepto citado, por medio de una declaración, que necesariamente ha de ser recepticia, dirigida al acreedor. No hay que olvidar que el acreedor ha de controlar si la prestación que se le hace es la prometida.

La facultad de imputación ha de actuarse «al tiempo de hacer el pago» (art. 1.172, p. 1.°).

c) *La imputación por el acreedor.*—A pesar de reconocer el párrafo 1.° del artículo 1.172 al deudor la facultad de imputar, el párrafo 2.° se la niega, «si aceptare del acreedor un *recibo* en que se hiciese la aplicación del pago, ya que en este caso «no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato». Es evidente que la imputación del acreedor debe ser aceptada por el deudor a la vista del precepto transcrito, por lo que, en realidad, la imputación es en última instancia obra suya. No hay propiamente «contrato de imputación», pues, como parece aceptar el legislador al hablar de la «causa que invalide el contrato». En rigor sólo habrá «causa que invalide la aceptación».

d) *Reglas legales de imputación.*—Hasta aquí la imputación por el acreedor o deudor. Cuando no pueda realizar según las normas expuestas, dice el artículo 1.174 que «se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata». GARCÍA GOYENA estimaba como deuda más onerosa la que produce intereses, o lleva aparejado su incumplimiento el pago de una pena, o que tuviese fianza, o comportase ejecución contra los bienes del deudor.

Cuando una deuda de capital genera deuda de intereses, el artículo 1.173 dice que «no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses». La norma constituye una limitación a la libre facultad de imputación del deudor en favor del acreedor, por lo que podrá éste renunciar a esa protección legal permitiendo al deudor o haciendo él una imputación directa al capital y no a los intereses.

[3] La sentencia de 4 de julio de 1962 establece también el requisito de la liquidez de las deudas. En contra, vid. BERCOVITZ (*La imputación de pagos*, Madrid 1973, pp. 100-109).

Si el deudor tiene contra sí una deuda de capital que produce intereses y otra de capital simplemente, no podrá elegir el pago del capital de la primera sin estar saldados sus intereses, pero sí la otra deuda de capital.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

AMORÓS GUARDIOLA: *El acreedor aparente*, en «Estudios Federico de Castro», vol. 1, p. 35; ANDREOLI: *Contributo alla teoría del adempimento*, Padua, 1937; BELTRÁN DE HEREDIA: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; BERCOVITZ: *La imputación de pagos*, Madrid, 1973; BORRELL MACIÁ: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales*, Barcelona, 1964; CRISTÓBAL MONTES: *El pago: El papel de la voluntad del acreedor y deudor*, A. D. C., 1986, p. 537; DÍEZ-PICAZO: *El pago anticipado*, R. D. M., 1959, p. 37; HERNÁNDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983; NICOLO: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936; ORTEGA PARDO: *El pago como negocio abstracto*, R. G. L. J., 1945, p. 184; PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, Barcelona, 1986; ROCA JUAN: *Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor*, A. D. C., 1968, p. 283; vid. también *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, EDERSA, t. 16, vol. 1, Madrid, 1980.

14. LOS SUBROGADOS DEL CUMPLIMIENTO

I. INTRODUCCION

El pago o cumplimiento es una exacta y puntual ejecución de la prestación convenida, que opera como un medio de satisfacción del interés del acreedor y como un medio de realización del deber del deudor con la lógica consecuencia de su liberación. En el pago, satisfacción del interés del acreedor, cumplimiento del deudor y liberación de éste son elementos estrechamente enlazados.

Sin embargo, la satisfacción del interés del acreedor puede producirse de un modo diverso del convenido o programado inicialmente mediante una serie de procedimientos, a los cuales la doctrina alemana ha llamado «subrogados del cumplimiento», porque sustituyen o suplen al cumplimiento en sentido genuino. Tienen unas veces función exclusivamente satisfactiva; en otras ocasiones cumplen una función liberatoria; y finalmente, es posible también que ambas funciones, la satisfactiva y la liberatoria, confluyan.

II. LA FACULTAD DEL DEUDOR DE LIBERARSE DE LA OBLIGACION: OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

a) *Función de la consignación y presupuestos: la oferta de pago.*—Dentro del conjunto de facultades con que la ley protege el interés del deudor en la relación obligatoria, se encuentra sin duda la de liberarse de la obligación. Cuando el deudor ha actuado diligentemente el deber de prestación que le incumbe y, no obstante sus esfuerzos, el pago no ha podido tener realidad por una causa que no le es imputable, no es justo que continúe vinculado indefinidamente y debe disponer de un procedimiento o mecanismo para liberarse.

Esta es la idea que preside el esquema del ofrecimiento de pago seguido de la consignación, que es el procedimiento puesto por la ley en favor del deudor para liberarlo de su obligación mediante la puesta a disposición de la autoridad judicial de las cosas debidas en determinadas circunstancias que examinaremos a continuación.

El mecanismo de liberación coactiva del deudor está constituido por un procedimiento complejo, con dos etapas fundamentales: el ofrecimiento de pago y la consignación de la cosa debida, que es su puesta a disposición judicial.

La consignación, pues, opera en el ámbito de las obligaciones de dar, ya que son las que pueden ser objeto de esa puesta a disposición de la que hablamos.

Preceptúa el artículo 1.176, párrafo 1.°, que «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». El ofrecimiento de pago opera, pues, como un presupuesto de la liberación del deudor mediante la consignación. No se exige que revista forma alguna, pero como corresponde al deudor la carga de probar que lo ha hecho, en la práctica se preconstituye una prueba suficiente del ofrecimiento (verbigracia, ofrecimiento de pago a través de notario).

Sólo cuando el acreedor rehúsa sin justa causa el pago puede el deudor recurrir a la consignación para liberarse. No quiere ello decir que todo pago produce sus efectos cuando sea aceptado por el acreedor en las obligaciones de dar. El acreedor no es árbitro de aceptar o no, de liberar o no al deudor. Está obligado a aceptarlo y liberar al deudor si reúne los caracteres estipulados en la obligación, hasta el punto de que, dándose esta circunstancia, todo rechazo de la prestación es injustificado y legitima al deudor para consignar.

b) *Requisitos y forma.*—La consignación ha de ajustarse estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1.177, p. 2.°). De ahí que si un tercero puede pagar, el acreedor no puede rehusar justificadamente el pago que aquél le ofrece, y podrá liberar al deudor también coactivamente acudiendo a la consignación.

La consignación ha de ser anunciada previamente a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1.177, p. 1.°). Por consiguiente, deberá darse a conocer a todos aquellos que deriven de la obligación algún derecho o que asuman en la misma alguna responsabilidad (acreedores y deudores solidarios, fiadores, etc.), y no sólo al acreedor.

El artículo 1.178 dice que la consignación «se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás». Un sector de la doctrina niega la posibilidad de consignación de cosas inmuebles porque no cabe su depósito (art. 1.761). Es discutible la cuestión. Es evidente que el deudor de tales cosas posee también la facultad de liberarse totalmente de la obligación. Cierto que no cabría el depósito, pero sí la puesta a disposición de la autoridad judicial, que nombraría a una persona encargada de su conservación y custodia. Todo depende, pues, que demos a la expresión «se hará depositando» un significado no estrictamente técnico, sino más bien vulgar. Entonces, se haría hincapié en el requisito de la puesta a disposición de la autoridad judicial de la cosa debida, resultando que en ese sentido no técnico las cosas están depositadas porque a ella le compete la custodia derivada de la puesta a disposición. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la entrega de inmuebles puede tener lugar por alguna de las formas simbólicas de *traditio,* que supone la de cosas muebles representativas de aquéllas. Así, por ejemplo, el inquilino que quiere restituir el piso arrendado pone a disposición judicial las llaves del mismo.

Hecha la consignación, deberá notificarse también a los interesados (en el cumplimiento de la obligación) (art. 1.178, p. 2.°)[1].

c) *Efectos de la consignación.*—Dice el párrafo 1.° del artículo 1.180 que «hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación», por lo que puede pedir al juez que expida el oportuno documento que acredite la extinción de la deuda. Pero para que la consignación sea hecha debidamente con efectos liberatorios es preciso, según se deduce del párrafo 2.° del mismo precepto, que el acreedor la acepte o que el juez la declare bien hecha.

Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor (art. 1.179).

Antes de la aceptación del acreedor o de la declaración judicial de que está bien hecha, el deudor puede retirar la cantidad o cosa consignada, subsistiendo entonces la deuda (art. 1.180, p. 2.°). Si la retira autorizado por el acreedor, éste pierde toda preferencia que tuviese sobre ella, quedando liberados los codeudores y fiadores (art. 1.181). Ello indica que esta última retirada se efectúa una vez que el acreedor ha aceptado o ha sido declarada bien hecha la consignación, pues entonces hay extinción de la deuda al equivaler al pago. Nace una nueva deuda, pero no revive la antigua.

d) *Consignación no precedida de ofrecimiento de pago.*—Si bien la consignación debe ir precedida de un ofrecimiento de pago, el artículo 1.176 enumera los siguientes supuestos en los que se puede proceder directamente a la consignación, siguiendo el mismo procedimiento que hemos expuesto anteriormente, con la única excepción de que no necesitará ser anunciada y notificada una vez hecha al deudor:

1.° Si el acreedor está ausente. No se trata de una ausencia legal porque el pago debería hacerse entonces a su legítimo representante. Es una simple falta de presencia del acreedor en el lugar de su domicilio o residencia, o también el desconocimiento de ésta, si el pago ha de realizarse en él.

2.° Si el acreedor está incapacitado para recibir el pago. Tampoco se trata de una incapacitación legal, dado que el pago lo recibiría su representante legal. La ley parece referirse a una incapacidad puramente material y pasajera o a una genuina incapacidad que no haya dado lugar a una declaración judicial.

3.° La existencia de litigio sobre la titularidad del crédito. No se sabe en este caso cuál es el verdadero acreedor. Lo mismo sucederá cuando varias personas pretenden extrajudicialmente el cobro.

4.° El extravío del título de la obligación. La doctrina entiende que es ésta una hipótesis vinculada a la anterior, pues planteará también una situación de duda acerca de la condición de verdadero acreedor. Sin embargo, parece que el precepto debe entenderse limitado a aquellos casos en que la presentación del título de crédito sea condición necesaria para el pago, tanto porque acredita la legitimación del acreedor como porque la liberación del deudor sólo se produce mediante la recuperación del título. Por consiguiente, el precepto no debe entenderse aplicable a cualquier tipo de documento probatorio de la obligación, sino exclusivamente a los títulos de crédito que funcionen como títulos de obligación y como títulos de presentación.

[1] El procedimiento judicial para efectuar la consignación regulada en los artículos 1.176 y siguientes es el de los actos de jurisdicción voluntaria (S. de 18 de mayo de 1943).

En cuanto a otros supuestos no enumerados en el artículo 1.176, la sentencia de 24 de mayo de 1955 comparte la opinión doctrinal de que la consignación también procederá sin previo ofrecimiento de pago cuando el acreedor sea desconocido, o se negara a dar recibo o carta de pago o cuando no se presentare a su debido tiempo en el lugar convenido o designado por la ley para proceder al cobro. En realidad, el primer caso es una aplicación del supuesto 3.° anterior; en el segundo hay un ofrecimiento de pago que no consuma a éste porque el acreedor se niega a dar recibo; y el tercero y último puede englobarse en el supuesto 1.°.

e) *Ofrecimiento de pago no seguido de consignación.*—¿Produce efectos jurídicos el simple ofrecimiento de pago rehusado sin razón, pero no seguido de la consignación? La jurisprudencia del Tribunal Supremo contesta afirmativamente, si bien aquellos efectos no se pueden concretar en la liberación del deudor como en la consignación. Se declara que el ofrecimiento de pago rehusado sin razón pero no seguido de la consignación constituye en estado de mora al acreedor, y el deudor no cae en caducidades ni resoluciones (Ss. de 9 de julio de 1941 y 5 de junio de 1944, entre otras), siempre y cuando el comportamiento posterior del deudor revele que su intención de pagar era real y no ficticia (S. de 26 de junio de 1978). Veremos en otro capítulo los efectos de esta situación jurídica.

III. LA COMPENSACION COMO MEDIO DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES: SU FUNDAMENTO

Nuestro Código civil dice en el artículo 1.193 que la compensación tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras las una de la otra, y en el artículo 1.202 puntualiza que el efecto de la compensación consiste en extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente.

Previamente, en el artículo 1.156, ha configurado a la compensación como una causa de «extinción de obligaciones», punto de vista exacto si por obligación entendemos la relación por la que una persona tiene derecho a exigir y la otra el deber de prestar, pero no si referimos la obligación a la relación obligatoria considerada como unidad, pues es claro que, pese a la compensación, sigue subsistiendo entre las partes (p. ej., el arrendatario alega compensación

respecto al alquiler de un mes que le reclama el arrendador. La relación obligatoria de arrendamiento sigue entre las partes produciendo sus efectos).

La compensación simplifica las operaciones de cumplimiento. Así, v. gr., si A debe a B 1.000 pesetas y B a A otras 1.000, una operación aritmética de resta extingue ambas deudas y ambos créditos. Si A le debe 1.000 a B y, a su vez, B a A 500, mediante un solo pago de 500 se evitan dos. Sin embargo, su fundamento se halla en el carácter injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado, pues es contrario a la buena fe pedir lo que ha de ser restituido.

A) La compensación legal: presupuestos y efectos

a) *Presupuestos legales.*—Cuando la compensación se produce por aplicación de los preceptos legales que la regulan estamos ante la «compensación legal», que exige los siguientes presupuestos según el artículo 1.196:

1.° Que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea, a la vez, acreedor principal del otro. De ahí que el deudor no pueda oponer, por ejemplo, a la reclamación de la deuda que le hace un representante del acreedor lo que dicho representante le deba. Dice la sentencia de 7 de julio de 1983 que es necesaria una dualidad, al menos, de títulos de los que nacen las obligaciones, por lo que se excluyen las que tienen su fuente en un contrato bilateral, en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad. Este sinalagma es ajeno a la situación que propicia la compensación legal.

Excepcionalmente se admite que el fiador (que en el régimen del Código civil es un deudor subsidiario) pueda oponer la compensación de lo que el acreedor debiere al deudor principal cuando le reclama el cumplimiento (art. 1.197).

2.° Que ambas deudas a compensar consistan en una cantidad de dinero, o que siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. Puede compensarse, explica García Goyena, dinero con dinero, vino con vino, aceite con aceite, pero no vino con aceite o dinero con vino o aceite.

La exigencia de la misma calidad, cuando ésta se hubiese designado, la funda el ilustre jurista en que la compensación se tiene por o equivale a pago, luego requiere los mismos términos hábiles que éste: si en las cosas fungibles no basta para el pago otro tanto de la misma especie sino también de la misma calidad (cfr. art. 1.753 C.c.), igual ha de ocurrir para que tenga lugar la compensación.

3.° Que las dos deudas estén vencidas.

4.° Que sean líquidas y exigibles. Una deuda es ilíquida si se ignora qué se debe o cuánto se debe. Por lo que respecta a la indeterminación de su cuantía, no es ilíquida la deuda si el *quantum* es determinable por una simple operación aritmética (v. gr., el acreedor debe al deudor los intereses de un préstamo que éste le hizo al 8 por 100 anual).

5.° Que sobre ninguna de ellas haya retención judicial o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor. La retención judicial (p. ej., por embargo del crédito) impide un pago válido y liberatorio (art. 1.165), por lo que igualmente impide la compensación. La contienda supone que la titularidad del crédito está en discusión, no se sabe con certeza quién es el acreedor (Manresa).

A tenor del artículo 1.199, «las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte o cambio al lugar de pago». Esta regla debe entenderse referida a la compensación legal y no a la voluntaria, y jugando en beneficio de aquel a quien la compensación se opone. El «lugar de pago» es el lugar en que se hubiese efectuado de no mediar compensación.

> El señalamiento de un lugar para el pago indica el interés que tiene el acreedor en que se le haga allí precisamente. Al acreedor que se le oponga la compensación no puede sufrir ningún perjuicio, y de ahí que, si, por ejemplo, A debe a B un millón de pesetas a pagar en su domicilio, y B a A otro millón a pagar mediante un ingreso en la cuenta corriente de A en Barcelona, si B opone la compensación a A debe darle lo que cueste situar esa suma en Barcelona. El Código civil, siguiendo al Código de Napoléon, circunscribe en el artículo 1.199 los daños a reparar a los gastos de transporte o cambio al lugar de pago.

La compensación legal no se produce cuando concurran los siguientes supuestos:

1.° Que haya sido excluida por acreedor y deudor en sus relaciones. Pese al carácter legal de la compensación cabe la renuncia a alegarla.

2.° Cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario (art. 1.200, p. 1.°).

En lo que afecta al depósito, observemos que se distingue la deuda que proviene de depósito de la que deriva de las obligaciones del depositario. No es fácil por ello la explicación de la primera. Generalmente se refiere a que el depositario no puede negarse a la restitución de la cosa depositada alegando compensación de esa obligación suya con otra que el deponente tiene frente a él. Pero entonces el precepto sería superfluo cuando lo depositado es cosa cierta y determinada (v. gr., un automóvil de determinadas características), ya que la compensación no procedería por no darse los requisitos de homogeneidad en las cosas (el acreedor de restitución no puede ser al mismo tiempo deudor de aquella misma cosa). Sólo en el supuesto de que se estimase que el precepto admite implícitamente el depósito (como tal depósito) de dinero o cosas fungibles podría aceptarse la tesis tradicional, pero es ello algo sumamente discutido, como veremos al estudiar el contrato de depósito. Incluso así, no hay duda de que la obligación de restitución es una obligacion del depositario, y carece de sentido distinguirla de sus otras obligaciones.

Con arreglo a esta interpretación tradicional, es el *depositario* quien no puede

oponer compensación al deponente respecto de la deuda de restitución de la cosa depositada o de la que nace de otras obligaciones derivadas de su situación de depositario.

En relación con el comodatario, el precepto comentado le impide oponer compensación frente al comodante de deudas originadas por su situación de comodatario. El legislador no se refiere aquí a deuda que proviene del comodato, como se pronuncia en el depósito, porque aquél recae sobre cosas no fungibles (art. 1.740) y, en consecuencia, están excluidas de toda compensación, o porque recayendo sobre cosas fungibles (uso de las mismas *ad pompam vel ostentationem),* operan como cosas determinadas (el comodatario ha de restituir esas mismas cosas, no otro tanto de la misma especie y calidad).

3.° Según el párrafo 2.° del artículo 1.200, «tampoco podrá oponerse (la compensación) al acreedor por alimentos debidos por título gratuito». Lo que se prohíbe realmente es que el obligado a dar alimentos extinga esa obligación por compensación con lo que el acreedor de los mismos le deba, pero cabe la compensación respecto de las pensiones atrasadas, es decir, de las devengadas y no satisfechas (cfr. arts. 151 y 153).

4.° La compensación no debe proceder cuando el crédito frente al que se opone, para extinguirlo, es inembargable. Así, por ejemplo, al trabajador que tiene un crédito por salarios, sueldos, pensiones o retribuciones no se le puede embargar en determinada cuantía (art. 1.451 L.E.C.). El deudor de ese crédito no podrá compensarlo, en la medida en que sea inembargable, con una deuda que el trabajador haya contraído con él.

b) *Efectos.*—Dice el artículo 1.202 que «el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores». La doctrina, con muy pocas excepciones, y la jurisprudencia entienden que la compensación opera automáticamente, desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos. Sin embargo, el juez no la puede acoger de oficio, sino que tiene que ser alegada por la parte que quiera beneficiarse con ella (Ss. de 29 de abril de 1944 y 7 de junio de 1983). De ahí que esta facultad de oponer la compensación depende en su ejercicio del arbitrio de su titular, y puede ser, por tanto, renunciada expresa o tácitamente (v. gr., no oponiéndola cuando a ello haya lugar). Opuesta, hay retroactividad de los efectos de la compensación al día en que concurrieron las circunstancias exigidas legalmente en las deudas compensables (*vid.* Ss. de 31 de mayo de 1985 y 7 de marzo de 1988 sobre la forma procesal de oponerla en juicio).

Ahora bien, si oponer o no la compensación es facultad del interesado, la posición de los terceros a los que la extinción de las obligaciones beneficie no queda a merced de la voluntad de aquél. Así, por ejemplo, el fiador de la deuda que la compensación extinguiría si se opone, o el que hipotecó su finca o dio en prenda una cosa de su propiedad para garantizar la deuda ajena, no han de perjudicarse si no se opone la compensación. Ellos podrán alegarla frente a la reclamación del acreedor (arg. art. 1.853).

La facultad de oponer la compensación es susceptible de ejercitarse también extrajudicialmente frente a la reclamación del acreedor.

c) *Compensación e imputación de pagos.*—En cuanto a las relaciones entre compensación e imputación de pagos, la regla del artículo 1.201 es la siguiente: «Si una persona tuviere contra sí varias deudas compensables, se observará en el orden de la compensación lo dispuesto respecto a la imputación de pagos».

> Si A es deudor de B en virtud de un arrendamiento por 1.000 y por un préstamo de 1.500, cuando con posterioridad B venga a ser deudor de A operará la compensación, siendo necesario entonces saber a qué deuda se imputa la compensación que se opone por A. En cambio, si A es deudor de B por 1.000, y con posterioridad B lo es de A por 1.500, la compensación opera entre estas dos deudas exclusivamente. La deuda que A volviese a contraer con B no se tiene para nada en cuenta en estos fines, porque ya estaba extinguido el crédito de A contra B y el de éste contra A.
>
> Por lo tanto, para que opere el artículo 1.201 es necesaria la existencia de más de una deuda en contra de una persona en el momento en que nace un crédito en su favor contra el acreedor de aquéllas.

B) La compensación voluntaria y la compensación judicial

Al lado de la compensación legal, admite la doctrina y algunos Códigos civiles la *compensación voluntaria.* Tal compensación es la que se produce merced a la voluntad de las partes (por acuerdo, o por la aceptación de la que podía alegar la falta) cuando no concurran los especiales requisitos exigidos por la ley (por ejemplo: deudas no vencidas, no exigibles, de diferentes naturalezas, etcétera).

También se admite doctrinalmente la llamada *compensación judicial,* que es la ordenada por el juez a instancias del interesado al decretar en la sentencia que el crédito del actor quede compensado con el que ostenta el demandado, en el cual no se han dado las circunstancias legales hasta la sentencia (p. ej., frente a la reclamación de 1.000, el demandado opone un crédito cuya cuantía hay que determinar en aquélla) (S. de 7 de junio de 1983). Esta compensación judicial carece de efectos retroactivos, opera sólo desde el momento de la firmeza de la sentencia que añade el requisito exigido por la ley para que el crédito opuesto en compensación fuese apto para la compensación legal (en el caso expuesto, la liquidez).

C) La compensación en las obligaciones solidarias

Dice el artículo 1.143 que la compensación hecha «por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase» extingue la obligación. Para el debido entendimiento del supuesto de hecho de

la norma debe recordarse que la compensación es una excepción que se opone frente al acreedor que reclama un pago. Por tanto, puede suceder que al acreedor le oponga el deudor la compensación de lo que el reclamante le debe a él, o le debe cualquier otro acreedor solidario. El artículo 1.143 da validez y consiguiente eficacia a esta excepción, aunque como es lógico regule sus consecuencias perjudiciales para los demás acreedores, que ven extinguido el crédito sin obtener nada. Como el que se ha beneficiado ha sido el acreedor cuya deuda con el deudor se ha saldado, debe responder frente a aquéllos de la parte que cada uno tenía en el crédito solidario. Otro tanto ocurre si fuese el deudor quien reclamase y el acreedor le opusiese en compensación la deuda solidaria; ésta se ha extinguido, beneficiándose los demás deudores solidarios.

El Código civil no se ocupa específicamente de la situación de los codeudores solidarios. También han conseguido un beneficio, pues se han liberado de una deuda a costa del deudor. Debe entonces aplicarse el párrafo 2.° del artículo 1.145, aunque se refiera al pago, y, por tanto, este último puede reclamar de aquéllos la parte que a cada uno corresponda (en el total de la deuda solidaria), con los intereses de anticipo.

IV. LA DACION EN PAGO

Sabemos que el artículo 1.166 no permite al deudor de una cosa obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Pero si el acreedor acepta que el deudor le entregue otra cosa distinta, estamos ante una dación en pago en sentido estricto, que es la entrega de una cosa *(datio)* en lugar de la convenida. Ello no supone que siempre se han de entregar *cosas* en lugar de la debida. En un sentido amplio, la dación en pago no es más que la ejecución de una prestación distinta de la convenida, aceptada por el acreedor. Si Antonio tiene derecho a que Juan le entregue la finca X porque se le ha comprado, lo mismo será una dación en pago el que Juan le dé la finca H como que le pinte un mural en el portal de su casa. La característica de la dación en pago es, por consiguiente, que la prestación que se ejecuta es un *aliud* respecto de la prestación convenida.

Nuestro Código civil no regula la dación en pago, aunque alude a ella en algunos preceptos. Sólo el artículo 1.849 se ocupa algo más específicamente, como veremos más adelante.

a) *Naturaleza jurídica.*—Ha sido un punto muy discutido en la doctrina la naturaleza jurídica de la dación en pago. Básicamente podemos decir que la discusión ha girado en torno a si es una compraventa o una novación de la obligación.

La asimilación de la compraventa a la dación en pago ha sido la teoría clásica. Si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida. Pero hay un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa. No serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un *facere,* o el acreedor tuviese derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Por otra parte, y dentro de la teoría expuesta, se olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente (art. 1.445). Por último, cabe objetar que nada más lejos de la intención de las partes se halla el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato *productor* de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para *extinguir* una obligación entre ellos existente.

La asimilación a la venta de la dación en pago ha sido la teoría predilecta en la jurisprudencia (Ss. de 14 de noviembre de 1881, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 13 de marzo de 1953 y 7 de diciembre de 1983)[2]. Seguramente pesa mucho para acoger esta dirección la dicción del artículo 1.521 y los mismos efectos que en él origina la venta de una cosa y su dación en pago (*vid.* también arts. 1.459.5.°, 1.536 y 1.637).

La teoría que ve en la dación en pago una novación por cambio de objeto estima que cuando el acreedor concierta con el deudor que éste realizará una prestación distinta de la debida, en realidad lo que han hecho ha sido extinguir la obligación primitiva, creando otra nueva en su lugar, en definitiva, una novación. Sin embargo, la intención de las partes no es la de extinguir la antigua obligación, sino injertar en ella el convenio acerca del modo de cumplirla. Tampoco se da el efecto típico de la extinción de toda obligación, cual es la liberación de los fiadores de la misma. El artículo 1.849 determina que el fiador se libera si el acreedor *acepta* un inmueble o cualesquiera efectos de pago de la deuda, es decir, cuando el deudor cumple con el convenio de dación en pago. No hay liberación, pues, por el hecho de convenir la dación, lo que indica que para el artículo 1.849 no nace con ese convenio una nueva obligación con un objeto distinto de la anterior que se extingue.

Prescindiendo de la exposición de otras teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago que vienen a ser variantes o matizaciones de las estudiadas, creemos que la misma es un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el que el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere. Si el deudor cumple, la obligación primi-

[2] En cambio, la sentencia de 13 de mayo de 1983 parece iniciar una nueva dirección, considerándola como negocio atípico, mezcla de pago, compraventa y novación por cambio de objeto, lo que autoriza a la aplicación de la norma más proxima al supuesto de hecho litigioso.

tiva y existente se extingue, quedando libres todos los fiadores. Si no cumple, el acreedor podrá exigir, bien el cumplimiento, bien la resolución (art. 1.124), teniendo entonces el derecho a exigir la prestación primeramente pactada como cumplimiento. Obsérvese que nos referimos al convenio de dación en pago anterior al cumplimiento del mismo, porque no hay precepto legal que obligue a entender que debe de ser coetáneo al cumplimiento por el deudor de cosa distinta de la prometida, ni que para su perfección sea necesaria la entrega de la cosa (como si fuese un contrato real).

b) *Efectos.*—Dos puntos son importantes en la dación en pago:

1.° Pérdida por evicción de la cosa dada en pago. Si el acreedor recibe la propiedad de una cosa y la pierde porque con anterioridad un tercero tenía derecho a ella (p. ej., el verdadero propietario la reivindica), ¿se aplicarán las normas del saneamiento por evicción de la compraventa? La teoría que asimila la dación a la compraventa buscaba precisamente esa asimilación para contestar afirmativamente, aunque ello es innecesario, dado que las normas sobre evicción se aplican cuando exista una transmisión onerosa. Por ello entendemos que el acreedor estará protegido por las normas de la evicción y no revivirá su derecho a exigir la prestación primitivamente pactada.

> No obstante, la evicción debe quedar excluida cuando la prestación a que se obligó era a título gratuito, pues la convenida en su lugar también lo será. Así, por ejemplo, si A le dice a B que le dona X pesetas, aceptando B. Si en lugar de X pesetas convienen en que A entregará un encendedor de oro, su entrega sigue siendo a título de donación, y en ella no hay evicción contra el donante (art. 638).

2.° Suerte de los fiadores de la prestación primeramente convenida. No quedan liberados, de acuerdo con el artículo 1.849, sino cuando se cumpla el convenio de dación. La evicción posterior no hace revivir la prestación originaria ni sus garantías.

V. LA CESION DE BIENES A LOS ACREEDORES

El artículo 1.175 de nuestro Código civil establece que el deudor puede ceder sus bienes a sus acreedores en pago de sus deudas.

A diferencia de la dación en pago, que es una transmisión de bienes con efectos solutorios de una deuda anterior, el pago por cesión no comporta efecto solutorio inmediato, sino simplemente la entrega de bienes a los acreedores y la atribución a éstos de la facultad de someterlos a un proceso de liquidación para hacerse pago por su importe. Así como la dación es un negocio *pro soluto,* pues la deuda queda extinguida con la transmisión, la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo,* es decir, hecho para pago, pues la extinción se producirá, total o parcialmente, tras la liquidación y destino del importe obtenido a la satisfacción de los acreedores.

a) *Instrumentos de la cesión.*—En la práctica, para llevar a efecto el convenio de cesión, el deudor apodera irrevocablemente a sus acreedores para la enajenación y administración de los bienes cedidos. La irrevocabilidad de ese poder se justifica porque se ejerce en beneficio del apoderado (acreedores) y para cumplir un convenio (el de cesión). Autorizar entonces la libre revocación del poder, sería tanto como permitir a una de las partes del convenio la resolución unilateral de lo pactado.

Otro medio, menos usado, es el de la transmisión directa de los bienes, aunque con un pacto fiduciario cuyo contenido es en esencia el mismo que hemos visto antes: obligación de los cesionarios de administrar y vender para liquidar las deudas.

b) *Convenios judiciales y extrajudiciales.*—El artículo 1.175 impone que los convenios sobre el efecto de la cesión que se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajusten a las disposiciones del título 17 del Libro IV del Código civil y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto regirá para los convenios que se celebran dentro de un concurso de acreedores (situación en la que cae el deudor no comerciante cuyo pasivo fuere mayor que el activo: art. 1.913), o de un procedimiento judicial de quiebra (si el deudor es comerciante). Son convenios judiciales por cuanto en ellos interviene y los homologa la autoridad judicial.

¿Es lícito un convenio extrajudicial con los acreedores en lugar de presentarse en estado de concurso? Parece que no, pues si el deudor tiene un pasivo mayor que activo y ha dejado de pagar sus obligaciones corrientes, ha de presentarse en estado de concurso de acreedores a tenor del artículo 1.913 del Código civil (si es comerciante, en quiebra). No obstante, hay que tener en cuenta que los destinatarios de esa protección legal son los acreedores, por lo que nada impide que celebren convenios con su deudor que le eviten caer en aquellas situaciones y que satisfagan sus intereses por esa vía en lugar de la judicial. La celebración de tales acuerdos debe considerarse como una renuncia (si no constase expresamente en ellos) a solicitar judicialmente la declaración de concurso (o quiebra) del deudor común, condicionada naturalmente a su cumplimiento (Ss. de 8 de julio de 1868, 10 de mayo de 1892 y 10 de julio de 1912).

Los convenios deben celebrarse con todos los acreedores, porque los bienes cedidos es la garantía común de ellos, y para que no exista modificación del principio de la *par conditio creditorum,* que se alteraría si se consintiese esa cesión en favor de uno o unos exclusivamente. Pero cabrá la validez de un convenio con parte de los acreedores siempre que estén salvaguardados los derechos de los demás no intervinientes, aunque esta realidad teórica en la práctica se traduce en un consentimiento expreso o tácito al convenio de los que no formen parte de él.

c) *Efectos.*—La cesión de bienes, según el artículo 1.175, libera al deudor de sus responsabilidades por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario. Si no existe este pacto y los acreedores no quedan totalmente satisfechos, podrán perseguir los bienes que posteriormente adquiera el deudor.

VI. LA CONDONACION

Los artículos 1.187-1.191 regulan la condonación de la deuda, que es considerada como una causa de extinción de la misma (art. 1.156).

Bajo aquella denominación conoce nuestro Código civil los casos en los cuales el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir en todo o en parte *(quita* en este caso) su derecho de crédito, sin recibir nada a cambio. En la condonación que regulan los artículos citados aparece claramente una liberación del deudor sin satisfacción del acreedor. Sin embargo, la condonación puede formar parte de una transacción celebrada con el deudor o bien ser hecha en una situación de dificultad del mismo para facilitar el cobro del resto del crédito (v. gr., en los convenios dentro de los procedimientos de quita y espera o concursos de acreedores). No hay ánimo liberal en estas dos situaciones, mientras que en la condonación que específicamente disciplina el Código civil se parte de su existencia.

La condonación extingue también las obligaciones accesorias, pero la de éstas dejará subsistente la deuda principal (art. 1.190).

a) *Unilateralidad o bilateralidad.*—Es un problema sumamente discutido en la doctrina si la condonación es un negocio jurídico unilateral o bilateral, es decir, si no necesita o, por el contrario, necesita el consentimiento o aceptación del deudor para que se produzca su efecto. Es mayoritaria la doctrina que estima la bilateralidad, por lo que el acreedor no podrá liberar al deudor sin su consentimiento. En cambio, cuando se renuncia a un derecho real estamos ante un negocio puramente unilateral, que no requiere para su eficacia el consentimiento del propietario favorecido con la renuncia (p. ej., si el usufructuario renuncia al usufructo, la propiedad recobra automáticamente las facultades que constituían el contenido de aquel derecho real), ni que se lleve a su conocimiento.

En la línea antedicha, se ha de mantener la posibilidad de la revocación de la condonación antes de su aceptación expresa o tácita por el deudor.

Contra la bilateralidad de la condonación puede argüirse que no hay ninguna razón para que el acreedor no pueda disponer del crédito extinguiéndolo, de la misma forma que puede disponer de él cediéndolo a un tercero, para lo que no necesita consentimiento del deudor. Por otra parte, que el acreedor puede liberar al deudor sin su consentimiento lo demuestra el hecho de que está legitimado para recibir el pago de un tercero, aunque a ello se oponga el deudor (art. 1.158).

Cabría pensar que la liberación del deudor supone un enriquecimiento de su patrimonio, y nadie puede enriquecerse si no quiere. Pero en la renuncia a un derecho real también existe el enriquecimiento de otro sujeto (generalmente el propietario del bien gravado), y, sin embargo, no se pide su aceptación. Además, la liberación del deudor es un efecto mediato de la condonación, como lo es que la renuncia al derecho real favorezca a otro. El efecto inmediato es la extinción del crédito, y para eso tiene plena capacidad dispositiva el acreedor.

La bilateralidad, en todo caso, puede sostenerse para la condonación regulada en el Código civil porque tiene en cuenta sólo la que se hace *donandi causa.*

b) *Clases de condonación y reglas aplicables.*—Señala el párrafo 1.° del artículo 1.187 que «la condonación podrá hacerse expresa o tácitamente». Habrá condonación expresa cuando la voluntad del acreedor se manifiesta expresamente, y tácita cuando su voluntad de extinguir el derecho de crédito resulte de un comportamiento inequívoco, que necesariamente presuponga tal voluntad. Decidir en cada caso concreto qué hechos pueden determinarla será una cuestión de interpretación.

El párrafo 2.° del artículo 1.187 somete una y otra condonación a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas, y la expresa a las reglas de forma de la donación, lo que indica que el legislador se refiere a la condonación que se hace *donandi causa.* Como se puede perjudicar la cuota que a los herederos forzosos o legitimarios les corresponde por legítima, la condonación es susceptible de reducirse como cualquier donación inoficiosa (cfr. arts. 654 y 655). Por ello también debe quedar sometida a la computación para hallar la legítima de los herederos forzosos (art. 818).

El régimen jurídico de la condonación es incompleto, pues si se considera una donación a ciertos efectos, es lógico que se aplique la disciplina de ella en cuanto a la posibilidad de revocación por causas legales, por lo menos la que se relaciona con los herederos forzosos (art. 644: revocación por supervivencia o superveniencia de hijos). Por otra parte, ¿a qué exigir rigurosos requisitos de forma en la condonación expresa cuando se admite la validez y eficacia de la tácita?

c) *Presunciones de condonación.*—El Código civil sienta las siguientes presunciones de condonación:

1.ª La entrega del documento *privado* justificativo del crédito. Según el párrafo 1.° del artículo 1.188, la hecha voluntariamente por el acreedor al deudor implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario (art. 1.189).

La posesión del documento por el deudor supone una presunción de condonación, y como tal sometida a las reglas sobre la inoficiosidad de las donaciones. En la medida en que perjudique a las legítimas de los herederos forzosos del acreedor se reduce, no se invalida como erróneamente dice el párrafo 2.° del artículo 1.188. El deudor y sus herederos sólo pueden oponerse a esa reducción probando que la entrega del documento se hizo en virtud de pago de la deuda.

2.ª La entrega de la cosa pignorada. El artículo 1.191 presume remitida la obligación accesoria de prenda, y es más, basta con que se halle en poder del deudor después de entregada al acreedor para que opere la misma presunción.

d) *La condonación en las obligaciones solidarias.*—El artículo 1.143 faculta al acreedor para que remita o condone la deuda, lo que puede practicar cualquiera de ellos (en la solidaridad activa) con cualquiera de los deudores solidarios (si hay solidaridad pasiva). Los demás acreedores tendrán, sin embargo, derecho a exigirle «la parte que le corresponde en la obligación». Si el acreedor se ha limitado a condonar la parte que un deudor tiene (en la solidaridad pasiva) y posteriormente exige el crédito por entero a otro deudor y éste pagase, aquél no se libera de su responsabilidad por aquella misma parte frente al deudor que le exige el reembolso con los intereses de anticipo, pero podrá repetir contra el acreedor (art. 1.146). Obsérvese que no se trata de una remisión parcial de la deuda solidaria porque entonces ésta se extinguiría parcialmente, sino más estricta y personal; la parte *de un deudor* en la obligación solidaria (relación interna entre deudores).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Además de la del capítulo anterior, la siguiente: ALBALADEJO: *La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato,* en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1955; ALVAREZ VIGARAY: *El efecto automático de la compensación,* en «Estudios Castán Tobeñas», vol. 4, p. 37; CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil,* Madrid, 1988; CANO MATA: *La consignación,* A. D. C., 1969, p. 735; COSSÍO: *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes en pago de deudas,* R. D. P., 1953, p. 1; DIEGO LORA: *La consignación judicial,* Barcelona, 1953; FERNÁNDEZ NÓVOA: *Naturaleza jurídica de la dación en pago,* A. D. C., 1957, p. 753: GAMBÓN: *Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes,* R. D. P., 1962, p. 1.058; GONZÁLEZ PALOMINO: *La compensación y su efecto,* en «Estudios Jurídicos», v. 2, Pamplona, 1964, p. 9; MERINO HERNÁNDEZ: *La dación en pago,* R. D. N., 1975 (núm. 87), p. 79; MONTULL LAVILLA: *Licitud del convenio concursal prejudicial,* R. D. P., 1980, p. 996; NÚÑEZ BOLUDA: *Notas para un estudio de la consignación,* R. G. L. J., 1982, p. 179; PEÑA: *Facultad de compensar y encargo de custodia,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 2, p. 448; SANCHO REBULLIDA: *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones,* R. D. P., 1955, p. 130; SERRANO ALONSO: *Consideraciones sobre la dación en pago,* R. D. P., 1978, p. 416.

15. LESION DEL DERECHO DE CREDITO

I. LESION DEL CREDITO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

La idea de incumplimiento de la obligación posee diferente sentido según que el fenómeno se contemple desde el punto de vista del deber jurídico del deudor o desde la perspectiva del derecho o del interés del acreedor. De acuerdo con el primero, lo que habrá que preguntar es en qué medida el deudor ha observado o ha infringido su deber. Conforme al segundo, habrá que investigar en qué medida ha recibido satisfacción su derecho o interés, a cuyo logro se encontraba enderezada la relación obligatoria.

Esta última perspectiva, que es la que tratamos de situar bajo la rúbrica de lesión del derecho de crédito, parece más adecuada, por lo que el análisis deberá dirigirse primero a examinar las hipótesis objetivas de insatisfacción del acreedor, y después se pondrán en conexión con la valoración del comportamiento de los intervinientes para deducir de ello una responsabilidad.

Para tratar de deslindar el campo, cabe separar dos situaciones que *prima facie* se presentan como distintas. La primera es aquella en la que el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida, que puede ser denominada situación de «no-prestación».

La segunda, en cambio, es aquella en la cual el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, pero esta prestación real no coincide o no se ajusta a la prevista al constituirse la obligación. Para denominar esta segunda situación podemos hablar de «prestación defectuosa».

Tomando ahora la hipótesis de «no-prestación», observamos que supone que vencida la deuda y devenida exigible, no se ha ejecutado ninguna prestación. Esta situación, objetivamente considerada, admite diversas variantes según que se contemple teniendo en cuenta la posibilidad de una posterior realización de la prestación por parte del deudor o teniendo en cuenta las posibilidades de una ulterior satisfacción de su interés por parte del acreedor. Y así tenemos que:

1.º El deudor no ha realizado ninguna prestación, pero ésta es objetivamente posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor. Hay un retraso, que puede llegar a ser calificado como mora si se cumplen ciertos requisitos.

2.º El deudor no ha realizado ninguna prestación y ésta es objetivamente posible, pero no satisface el interés del acreedor, que demandaba la ejecución en el momento previsto (término esencial). La «no-prestación» comporta definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

3.º El deudor no ha realizado ninguna prestación, pero ésta se ha tornado imposible (imposibilidad sobrevenida). La situación también es de definitiva insatisfacción del crédito.

II. LA MORA DEL DEUDOR

a) *Concepto y presupuestos.*—Según el artículo 1.100 del Código civil, «incurren en mora los obligados a dar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación». Por tanto, hay que conectar la mora con la idea de tiempo en que la prestación ha de cumplirse. Si llegado el mismo el deudor no cumple, no hay duda de que infringe, por ese mero retardo, su deber jurídico, pero no surge la mora. Mora y retardo son conceptos que no coinciden automáticamente, y por eso se ha dicho que la mora es un retardo cualificado.

La constitución en mora del deudor presupone la concurrencia de estos requisitos:

1.° Obligación de dar o hacer. El Código civil no menciona la obligación de no hacer, como susceptible de mora. Se dice que todo hecho realizado en violación de la obligación constituye de por sí incumplimiento. Sin embargo, cabe pensar que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento hay mora si llegado el mismo no se ha iniciado el comportamiento previsto, e incumplimiento si una vez iniciado se vulnera.

2.° Intimación del acreedor. El acreedor tiene la carga de requerir al deudor judicial (por ejemplo, mediante acto de conciliación) o extrajudicialmente (v. gr., mediante una carta o requerimiento notarial) para que cumpla.

Esa declaración de voluntad, no sujeta a forma predeterminada, desencadena los efectos de la mora aunque el acreedor no la emitiese con tal fin. Basta que exista simplemente un requerimiento de cumplimiento. Puede ser cuestión de interpretación si las relaciones entabladas con el deudor después de pasado el tiempo de vencimiento (por ejemplo, el envío de una factura) suponen o no intimación.

La declaración de voluntad del acreedor ha de ser dirigida precisamente al deudor o su legítimo representante, es, en suma, recepticia, produciendo sus efectos desde que llega a conocimiento de aquéllos, y ha de emitirse después del vencimiento.

3.° Exigibilidad de la obligación. Es una consecuencia de lo anterior. El acreedor no puede intimar a un deudor al cumplimiento si éste no es debido, y lo será cuando la deuda esté vencida y sea exigible (llegada del término, cumplimiento de la condición, etc.).

4.° Culpabilidad o dolo del deudor. La falta de cumplimiento ha de ser voluntaria. Si se debe a caso fortuito o fuerza mayor, la mora se excluye (art. 1.105).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige también, como requisito de la mora, que la deuda sea líquida, fija y determinada.

La iliquidez se puede motivar por varias causas, v. gr., por la necesidad de practicar una rendición de cuentas entre deudor y acreedor a fin de precisar lo que debe aquél. Piénsese en el mandatario que ha de rendir cuentas de la ejecución del encargo para el que ha recibido cantidades. También es fuente de iliquidez la necesidad de concretar en términos monetarios el daño que una persona ha ocasionado a otra por el incumplimiento de un contrato, o por haber lesionado su persona o bienes en un accidente, v. gr. En todos los casos en que falte una cantidad concreta que reclamar por no existir acuerdo entre las partes sobre su monto, se requiere la intervención judicial, que en sentencia la determinará. No cabe entonces mora desde la fecha de la reclamación judicial, sino desde el momento en que la sentencia sea firme. La sentencia de 28 de febrero de 1975 declara como doctrina del Tribunal Supremo que no existe mora «cuando la cantidad solicitada resulta ilíquida, o sea, cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir el juicio». Igualmente considera ilíquida la deuda cuando se reclama una mayor cantidad que la debida, con las mismas consecuencias anteriores, en otras palabras, cuando el juzgador concede menos de lo pedido (S. de 30 de noviembre de 1982 y las que cita) [1]. Pero no lo es si basta una simple operación matemática, cuyo resultado no admite discusión, para fijarse expresamente (Ss. de 17 de mayo de 1962 y 18 de noviembre de 1970), ni cuando no se impugna la cuantía de la deuda, sino que se plantean cuestiones impeditivas de su abono (S. de 29 de enero de 1985).

b) *Excepciones a la necesidad del requerimiento al deudor.*—Pese a que el artículo 1.100 obliga a practicar con carácter general la intimación al deudor, excepciona los siguientes casos:

1.° Cuando la obligación o la ley lo declaran así expresamente. Las dudas, pues, en torno a si las partes han querido o no el automatismo de la mora deben resolverse en sentido negativo por ser ese carácter una excepción al sistema legal.

2.° Cuando de la naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

La inteligencia de este precepto no lleva a soluciones satisfactorias.

Si se piensa que se refiere a los negocios a «término esencial» o a fecha fija, no se comprende que diga el legislador que el deudor cae en mora, pues existe un auténtico incumplimiento. La mora no elimina por sí misma la posibilidad de cumplir tardíamente, y el deudor podrá cumplir si la prestación es útil al acreedor. En cambio, en aquellos negocios no cabe cumplir pasado el tiempo de cumplimiento querido al constituirse la obligación, la prestación no es ya útil (p. ej., orquesta que se contrata para actuar en una determinada fecha).

Otros autores opinan que el artículo 1.100 alude a aquella época que tiene

[1] Por lo que respecta a la liquidez de la deuda como consecuencia de una necesaria rendición de cuentas, hay que matizar. Si el deudor (por ejemplo, el mandatario) no las rinde a su tiempo, incurre en mora en esta obligación de hacer desde que el acreedor (mandante) se la exige. No es justo que el saldo resultante en favor de éste devengue intereses moratorios desde el momento en que la sentencia que pone término al pleito, a que se ha visto obligado el acreedor y que concreta la cantidad, sea firme (cfr. la sentencia de 20 de diciembre de 1954 en esta dirección).

un valor de gran importancia para el acreedor por los perjuicios que le ocasiona el impago, pero no esencial hasta el punto de hacer imposible el cumplimiento posterior de la obligación. Tal interpretación cuenta con el apoyo de alguna jurisprudencia (cfr. S. de 15 de noviembre de 1977).

c) *Mora en las obligaciones recíprocas.*—Regla especial para las obligaciones recíprocas es la contenida en el último párrafo del artículo 1.100.

En el primer inciso dice que «en las obligaciones recíprocas ninguno incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. En el segundo sienta una regla general: «Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

Con arreglo a la letra del precepto, en las obligaciones recíprocas estamos ante otro caso de mora automática: el cumplimiento por parte de un obligado pone en mora, sin necesidad de intimación, al que no cumple.

Su aplicación no puede hacerse en el caso de que se hubiese establecido un tiempo de cumplimiento de una de las obligaciones posterior al de la otra: para aquélla regirá el régimen normal de la mora. Así, v. gr., el vencedor cumple su obligación de entrega, pero al comprador se le ha concedido un plazo, o varios plazos, para pagar el precio. Es en las obligaciones de cumplimiento simultáneo donde la regla adquiere toda su fuerza. Si uno de los contratantes cumple, el otro cae en mora automáticamente si no cumple, aunque creemos que debe conocer aquel cumplimiento porque es cuando ha de hacer lo mismo para evitar la morosidad.

d) *Efectos de la mora del deudor.*—En cualquier caso, sea cual sea la clase de obligación, la mora no elimina la obligación de cumplir. Según la sentencia de 30 de junio de 1971, «el retraso culpable... no quita la posibilidad de cumplimiento tardío de la obligación, porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir, más que mora habría incumplimiento total». A esta doctrina hay que añadir otro requisito: que la prestación, aunque tardíamente ejecutada, satisfaga el interés del acreedor. La prueba de la carencia de interés le incumbe a él.

Con carácter general determina el artículo 1.101 del Código civil que el deudor moroso está obligado a la indemnización de daños y perjuicios por el retraso, indemnización que seguirá las reglas generales relativas a la responsabilidad civil contractual.

Una norma particular es la del artículo 1.108, relativa a la morosidad en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias. Deja a las partes la facultad de pactar las consecuencias de la mora. En su defecto, establece que la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal [2]. Esta es una regla pensada para tiempos de estabilidad en el poder adquisitivo del dinero. En épocas de inflación es evidentemente injusta. La desvalorización de la moneda es un daño que el acreedor no debe sufrirlo.

[2] ¿Desde cuando se computan los intereses moratorios si al deudor se le pone en mora mediante reclamación judicial? No es unánime la jurisprudencia, pues unas veces afirma que desde la presentación de la demanda, y otras que desde que ésta llega a conocimiento del demandado. Esta última posición es más ajustada a la naturaleza de la intimación (declaración de voluntad *recepticia*).

Yendo precedida la demanda de un acto de conciliación, la jurisprudencia cuenta la mora desde la fecha de su celebración (Ss. de 4 de julio de 1925 y 15 de diciembre de 1950), siempre que se reclame el mismo cumplimiento que en la posterior demanda (S. de 29 de mayo de 1957). En realidad, y con arreglo a lo expuesto en líneas anteriores, la mora debiera comenzar desde el conocimiento de las pretensiones del que promueve la conciliación, anterior siempre al acto (judicial).

Otro efecto de la mora es la llamada *perpetuatio obligationis*. El deudor responde del caso fortuito que produzca pérdida de la cosa con arreglo a los artículos 1.096, p. 3.°, y 1.182 del Código civil, lo que es extensivo también a las obligaciones de hacer con las debidas adaptaciones (v. gr., prestación de hacer físicamente imposible porque en una catástrofe perece el deudor). Por tanto, el deudor, que debe cumplir pese a la mora y no puede por imposibilidad sobrevenida de la prestación, está obligado a indemnizar daños y perjuicios al acreedor derivados del incumplimiento total, que absorberán los propios de la mora.

> Se ha sostenido certeramente (ALBALADEJO) que el caso fortuito libera al deudor de su obligación cuando lo mismo pudo ocurrir en las cosas si se hubieran entregado al acreedor, en base al artículo 1.896. Sin embargo, el deudor respondería siempre de los daños y perjuicios ocasionados por la mora.

El caso fortuito puede, en lugar de destruir la cosa, deteriorarla o, en las obligaciones de hacer, disminuir la capacidad del deudor para hacer una correcta prestación. En estas circunstancias se realizaría una prestación defectuosa, cuyo examen se hará en páginas posteriores, por culpa del obligado.

Los efectos de la mora pueden desaparecer por su purga, que es el acto del acreedor tendente a eliminar los efectos de la mora ya producida (v. gr., renuncia).

e) *Purga y cesación de la mora.*—Distinta de la purga es la cesación del estado de mora, porque en él los efectos de dicha cesación se producen desde el momento en que ocurre. Las causas son: el cumplimiento o extinción de la obligación por cualquier motivo; la prórroga dada por el acreedor para que el deudor cumpla, salvo que quiera también la purga de la mora (y sus efectos) en que el deudor se constituyó con anterioridad; el que el acreedor incurra a su vez en mora, lo que sucede cuando, queriendo cumplir el deudor, aquél rehúsa injustificadamente cooperar a su liberación no aceptándole la prestación (S. de 22 de diciembre de 1962).

III. EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES

Así como en la mora existía un retraso que no impedía la prestación tardía si era útil al acreedor, vamos a tratar ahora casos en los que la omisión de ejecución de la prestación debida ha de ser considerada como un evento definitivo, de suerte que no cabe ya un incumplimiento tardío.

A) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

a) *Supuestos legales y presupuestos para la liberación del deudor.*—Nuestro Código civil ubica la imposibilidad sobrevenida de la prestación dentro de las normas referentes a la extinción de la obligación (art. 1.156), regulando los artículos 1.182-1.186 el régimen jurídico de la pérdida de la cosa debida, que es la denominación bajo la que se desarrolla el fenómeno de aquella imposibilidad.

La pérdida de la cosa sobre todo (porque la regulación legal se fija casi exclusivamente en ella) constituye, en efecto, el supuesto legal de la imposibilidad sobrevenida de cumplir por causa posterior al nacimiento de la obligación. Esa imposibilidad impide la satisfacción del acreedor, origina la extinción del deber del deudor y produce su liberación, si se produce de acuerdo en determinados presupuestos legales. En cuanto a las obligaciones de hacer, se dan los mismos efectos «cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» (art. 1.184).

La pérdida o destrucción de la cosa son hechos de carácter objetivo, que imposibilitan a cualquier persona, y no sólo al deudor, el cumplimiento. Pero ha de darse a la pérdida una extensión mayor. No sólo el perecimiento o la destrucción, sino, de acuerdo con la regla 2.ª del artículo 1.122, el quedar fuera de comercio la cosa o el que desaparezca de modo que se ignore su existencia o no se pueda recobrar son causas de imposibilidad. Igual naturaleza objetiva deben poseer los impedimentos legales o físicos, que deben impedir a cualquiera que se encuentra en ellos el cumplir en las obligaciones de hacer y no hacer (aunque el Código no mencione a éstas últimas).

La extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida requiere, según el artículo 1.182, dos presupuestos: ausencia de culpa del deudor y no hallarse en la situación jurídica de moroso. *A contrario,* no dándose estas circunstancias, la obligación no se extinguiría. Pero debe entenderse que la perpetuación de la obligación se refiere al deber del deudor de responder por el incumplimiento de la obligación de entrega o de la no ejecución de la obligación de hacer o no hacer.

Hay una estrecha conexión entre la imposibilidad sobrevenida y la diligencia exigible al deudor para cumplir. Cierto que una destrucción de la cosa que se deba entregar por el rayo, por ejemplo, extingue la obligación de entregarla, pero la liberación del deudor no se efectúa si no ha tomado las precauciones usuales para evitar aquel fenómeno. Incurrirá entonces en culpa por no haber realizado el deber de esfuerzo que le es exigible, desde el nacimiento de la obligación, para vencer los obstáculos que se detecten, en juicio de previsibilidad, como impeditivos del cumplimiento de la obligación.

b) *El artículo 1.186.*—Aunque el principio general es que el deudor se libera totalmente si no media culpa ni es moroso, el artículo 1.186 dice: «Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Esta norma es aplicable a todos los supuestos de imposibilidad sobrevenida de dar y no exclusivamente al de pérdida de la cosa.

El campo de aplicación propio de este precepto transcrito es el de las obligaciones de dar que transfieren la propiedad de cosa determinada, según se deduce de sus antecedentes históricos. El deudor que sufre la pérdida de la cosa obligado a entregarla al acreedor puede tener derecho contra terceros por razón de la misma (v. gr., el tercero la destruye culpable o dolosamente; la Administración expropia la cosa), y esos derechos son los que sustituyen a la cosa que se debió entregar. Si ha percibido alguna indemnización, deberá entregarla.

El artículo 1.186 concede al acreedor lo que se ha llamado «residuos» jurídicos de la cosa que debió recibir mediante una subrogación *ex lege* («corresponderán»). La doctrina extiende esa concesión a los residuos materiales. POTHIER afirmaba que lo que quedaba de la cosa (ponía el ejemplo de la piel del buey que se debió de entregar) debía de entregarse al acreedor, pues no había entonces una extinción plena y total.

Sin embargo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuando incide en una relación sinalagmática, hace que el artículo 1.186 no sea aplicable automáticamente. El Tribunal Supremo tiene declarado que la resolución de las obligaciones de ese carácter puede decretarse cuando se haya producido un hecho que de un modo indubitado, absoluto, definitivo o irreformable impida el cumplimiento (Ss. de 30 de abril de 1969 y 13 de mayo de 1972, entre otras muchas). Así pues, el acreedor que resuelva la obligación ante la imposibilidad sobrevenida no tendrá derecho al ejercicio de las acciones de su deudor, pues no puede librarse de su obligación por imposibilidad de cumplimiento de la recíproca y al mismo tiempo subrogarse en los derechos de su deudor contra terceros.

c) *Imposibilidad parcial.*—La extinción parcial de la cosa no está considerada por el artículo 1.182 como causa de extinción de la obligación, ni hay tampoco precepto que imponga al acreedor la obligación de recibir la parte de la misma que quede. Pero debe quedar a su elección el que el deudor se libere entregándole esa parte o la extinción de la relación obligatoria, ya que es él quien ha de decidir en qué medida se frustra su interés por recibir una prestación parcial. Si la relación obligatoria era sinalagmática, cabe la aplica-

ción analógica del artículo 1.460, p. 2.°, al ocasionar un mismo resultado: imposibilidad de cumplir por el deudor.

d) *La dificultad extraordinaria para cumplir.*—La imposibilidad sobrevenida que acoge el Código civil es estrecha. Sólo la puramente objetiva y absoluta, decíamos, es decir, para cualquier persona y no exclusivamente para el deudor, pero la dificultad del concreto y particular deudor obligado (llamada impropiamente subjetiva) no es considerada pese a su gran importancia. ¿Sería lícito entonces obligar al deudor a entregar la cosa en la ciudad asolada por una epidemia, sitio pactado de cumplimiento, o al artista actuar en la fecha fijada pese a que ese día su madre muere?

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1949 sienta una doctrina general en la que tiene perfecta cabida la dificultad en el cumplimiento. Dice que el deudor ha de vencer todas las dificultades que se presenten para dicho cumplimiento, pero no exige la prestación exorbitante, es decir, «aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían, con arreglo al artículo 1.104». No han de tomarse en consideración dificultades surgidas en la realización del contrato que por haberse podido prever oportunamente se han de afrontar por el posible perjudicado (S. de 7 de abril de 1965). Por lo tanto, y fuera de esta última hipótesis, al deudor no se le ha de pedir la superación de obstáculos para el cumplimiento que exigen esfuerzos considerables, cuando ello sea contrario a la buena fe (art. 7.°1, del Título Preliminar), o cuando caen fuera de la diligencia que ha de prestar según el artículo 1.104.

e) *Imposibilidad sobrevenida no liberatoria.*—La imposibilidad sobrevenida no implica siempre una causa de extinción de la obligación. A veces ocasiona un mero retraso en el cumplimiento de la prestación, cuando la imposibilidad es *temporal o transitoria* (Ss. de 16 de mayo de 1941, 24 de septiembre de 1953, y 10 de diciembre de 1963 y 13 de marzo de 1987).

B) El retraso y la imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio

Al examinar la mora del deudor veíamos que su retraso no suponía incumplimiento de la obligación, y que podía y debía cumplir pese al mismo.

Sin embargo, se admite por la doctrina y jurisprudencia (Ss. de 5 de enero de 1935 y 6 de julio de 1945) que el retraso equivale a incumplimiento definitivo cuando ya no puede satisfacer el interés del acreedor; la prestación deja de serle útil. Especial relevancia tiene esta doctrina en los negocios con término esencial o a fecha fija, aunque su virtualidad no queda encerrada en ellos. Si la época en que debió ejecutarse la prestación era tan importante en la economía de la relación que pasada la misma no es útil, el retraso es incumplimiento definitivo, aunque objetivamente fuese posible cumplir. Si el vehículo contratado para un día determinado sufre avería que impide desplazarme a un sitio, la subsanación posterior de ella no permite ya la obtención del fin del contrato.

Análoga solución se mantiene cuando hay una imposibilidad transitoria o temporal sobrevenida. Si bien «la obligación revive» al cesar, declara el Tribunal Supremo, habrá extinción de la misma cuando el contrato haya perdido valor por no ser posible ya conseguir la finalidad económica perseguida por las partes (Ss. de 16 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944 y 24 de octubre de 1953)[3].

Obsérvese que los casos de imposibilidad transitoria implican una vinculación de acreedor durante un tiempo que no se sabe muchas veces cuándo acabará (por ejemplo, la guerra). Es justo conceder una facultad de resolución de la obligación cuando exista un interés atendible, como pudiera ser el cambio de circunstancias sobrevenidas (el deudor no se dedica ya a la fabricación de objetos como los que vendió, el acreedor no sigue en el negocio para el que compró los géneros, v.gr.)[4].

C) La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir

La prestación es posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor, pese a que el deudor esté en retardo o en mora, pero hay una clara voluntad de no cumplir juzgada a través de sus actos u omisiones. No ha cumplido y ha revelado con sus acciones que no tienen intención de hacerlo.

El juicio sobre su conducta es claro cuando ha manifestado su voluntad de no cumplir. En otro caso, ha de basarse en actos u omisiones concluyentes de los que se infiera la continuación en su actitud. Así, por ejemplo, la prolongada inactividad del deudor frente a la firme, persistente y manifiesta voluntad de cumplimiento de la otra parte (S. de 5 de mayo de 1970).

---

[3] Hay que hacer la advertencia de que las precitadas sentencias tratan de supuestos en los que se pactó un término de cumplimiento, juzgando entonces el Tribunal Supremo si era esencial o no.

Pero idéntica solución cabe aunque el término no reúna este requisito. En tal sentido cabe destacar que las sentencias de 5 de enero de 1935 y 6 de julio de 1945, a propósito de la resolución cuando la prestación retrasada no satisface el interés del acreedor, no condicionan la aplicación de su doctrina a que se haya pactado término esencial.

[4] Esta solución puede fundamentarse en la sentencia de 5 de enero de 1935, que declaró procedía la resolución por retraso en el cumplimiento *cuando existiese un interés atendible,* además de la frustración del fin del negocio.

IV. LA EJECUCION DEFECTUOSA DE LA PRESTACION

Un supuesto completamente distinto de lo que anteriormente hemos llamado incumplimiento definitivo y distinto también de las hipótesis de retardo y de mora es el que se puede llamar de «cumplimiento inexacto de la obligación». Las que presentan dificultades se refieren al objeto, pues el Código civil no contempla con carácter general más que la falta de identidad e integridad de la prestación (arts. 1.166 y 1.169). Sin embargo, son más. Piénsese en el amplio campo de las obligaciones de hacer (v. gr., prestación de servicios por abogados, médicos y profesionales en general), en el que la inexactitud obedece a que no se ha obrado conforme a las reglas del arte o profesión; en las obligaciones de dar, en las que la cosa no posee los requisitos pactados o anunciados en la propaganda o las cualidades necesarias para el uso a que se destina; en las obligaciones de resultado, en que éste se produce deficientemente (el piso comprado presenta al poco tiempo recalos y humedades, la cubierta impermeabilizadora no consigue enteramente su finalidad, etc.).

Nuestro Código civil no regula orgánicamente el cumplimiento defectuoso de la prestación. De su articulado cabe destacar únicamente el artículo 1.101, que somete a la indemnización de daños y perjuicios al deudor que de *cualquier modo* contraviniere el tenor de la obligación. Pero no es éste el único remedio que tiene a su alcance el acreedor. Prescindiendo de regulaciones legales concretas [5], es posible aplicar por una razón clara de analogía los artículos 1.166 y 1.169; de la misma forma que el acreedor tiene la facultad de rehusar una prestación que no sea idéntica o íntegra en relación con la estipulada, también podrá hacerlo de una defectuosa por no satisfacer tampoco su interés de una manera plena.

Si la prestación, pese a su defectuosidad, se ha recibido, hay que ver si podía ser o no apreciada por el acreedor. Caso afirmativo, el deudor queda liberado de toda responsabilidad. Es carga del acreedor el examen de la prestación (arg. art. 1.484).

> Sobre la apreciación por el acreedor del defecto puede extenderse por analogía este criterio de la sentencia de 31 de enero de 1970, a propósito del artículo 1.484: «Es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto.»

Cuando la prestación se rechace o su carácter defectuoso se ponga de manifiesto después de su recepción, el acreedor podrá reaccionar con una acción de rectificación, tendente a que desaparezcan los defectos o que se haga una nueva prestación que se ajuste a lo convenido.

[5] Arts. 1.484 y siguientes referidos a vicios ocultos en la venta; artículo 1.591, en relación con la ruina de la obra encargada.

> De este principio ha hecho aplicación el Tribunal Supremo en el contrato de obra. En la sentencia de 28 de noviembre de 1970 condena a los vendedores de un edificio a que realicen las obras necesarias para lograr la completa impermeabilización del mismo. En la de 20 de noviembre de 1959 se condena también al constructor a que deshaga las solerías de hormigón de unas naves y las vuelva a construir de acuerdo a lo estipulado por las partes. Se basa en el artículo 1.098, que permite decretar la destrucción, en las obligaciones de hacer, de lo mal hecho con arreglo a su tenor, y en la obligación del deudor de ejecutar su prestación en los términos convenidos si antes lo hubiera hecho contraviniéndolos.
>
> Excepción a este principio de rectificación es el artículo 1.486, donde se contienen las acciones específicas del comprador derivadas del saneamiento por vicios o defectos ocultos.

Si la prestación defectuosa en el marco de contratos sinalagmáticos, es difícil *a priori* sentar el principio de que el acreedor posee la facultad, además de las anteriores, de pedir la resolución del vínculo. Como veremos en su momento, hay una tendencia jurisprudencial muy marcada en favor de su estabilidad, y el remedio de la resolución se presenta en este panorama como algo no normal. Habrá que medir la gravedad del incumplimiento en relación con la finalidad perseguida para ver de qué manera incide sobre ella, a fin de decretar la resolución si imposibilita su consecución (S. 13 de mayo de 1985).

En cambio, lo que sí cabrá es la excepción de contrato cumplido defectuosamente *(exceptio non rite adimpleti contractus)* ante quien exige el cumplimiento de la contraprestación, que permite suspenderlo por lo menos en la medida necesaria para hacer frente a la reparación o rectificación. Nos remitimos al capítulo 11, donde se expuso esta excepción al tratar de las obligaciones sinalagmáticas.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *La mora en las obligaciones recíprocas,* R. C. D. I., 1968, p. 9; BORRELL: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales,* Barcelona, 1964; CANO: *La mora,* Madrid, 1978; CRISTÓBAL MONTES: *La mora en las obligaciones recíprocas* en «Estudios de Derecho de obligaciones», Zaragoza, 1985; DÍEZ-PICAZO: *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos.* A. D. C., 1969, p. 383; GIORGIANNI: *L'inadempimento,* Milán, 1959; GONZÁLEZ PORRAS: en *Comentarios al Código civil,* EDERSA, t. XVI, vol. 1; JORDANO: *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita,* A. D. C., 1951, p. 303; MARTÍNEZ CALCERRADA: *Cumplimiento defectuoso de la prestación,* R. C. D. I., 1976, p. 1.335; MOISSET: *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer,* R. G. L. J., 1975, I, p. 345; PÉREZ SERRANO: *La imposibilidad de la prestación.* Colegio Notarial de Barcelona, 1944; ROCA JUAN: *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 2, p. 521.

16. IMPUTABILIDAD DE LA LESION Y RESPONSABILIDAD

I. LA IMPUTABILIDAD DE LA LESION DEL DERECHO DE CREDITO Y EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD

En el capítulo anterior hemos intentado llevar a cabo una tipificación de los supuestos de lesión o insatisfacción del derecho de crédito. Sin embargo, es claro que el régimen jurídico aplicable a la materia no puede detenerse en el puro examen objetivo de las hipótesis. Una determinación de las consecuencias jurídicas exige una valoración del comportamiento de los interesados. Se trata con ello de decidir a quién deben atribuirse los hechos determinantes de la lesión (problema de imputabilidad) y en quién deben recaer las consecuencias jurídicas de tales hechos (problema de responsabilidad).

En principio, lo normal es que la imputabilidad y la responsabilidad coincidan en la persona del deudor. Sin embargo, cabe también la posibilidad de que el impedimento o el obstáculo que se oponen a la plena satisfacción del interés del acreedor haya de serle imputado a él mismo o incluso a un tercero ajeno a la obligación o, en fin, que no le pueda ser imputado a nadie por obedecer a un hecho fortuito.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

Sabemos que el deudor queda liberado de su obligación cuando se produce una imposibilidad sobrevenida o, excepcionalmente, cuando se encuentra en dificultades extraordinarias para cumplir, pero no queda liberado si ha incurrido en culpa o estaba constituido en mora al producirse. La obligación se perpetúa entonces, y el deudor, si bien no podrá ni deberá cumplir la prestación imposible obviamente, sí podrá y deberá responder al acreedor por la insatisfacción de su interés. En suma, al deudor se le exige una conducta que procure evitar los sucesos que puedan hacer imposible o extraordinariamente dificultoso el cumplimiento.

La imposibilidad sobrevenida o dificultad extraordinaria imputable al deudor no es el único supuesto en que éste debe responder al acreedor por la insatisfacción de su interés porque jurídicamente se le considera incumplidor. En efecto, puede suceder que el deudor no haya tenido ningún obstáculo para cumplir, pero no lo ha hecho o lo ha hecho defectuosamente. Aquí el incumplimiento se manifiesta en la inactividad (o en la actividad contraria a lo obligado, como en el caso de las obligaciones negativas o de no hacer), o en la actividad que no satisface íntegramente el interés del acreedor. La reglamentación de este último incumplimiento requiere entonces la determinación del esfuerzo

que el deudor estaba obligado a desarrollar para cumplir, según la doctrina común.

Siguiendo a GIORGIANNI, pudiera afirmarse que todo el sistema de la responsabilidad del deudor se funda tradicionalmente, salvo específicas excepciones, sobre la violación de una regla de conducta que le obliga a un esfuerzo o «diligencia». Esa regla posee una doble dirección, en cuanto que impone al deudor no sólo el desarrollo, usando un cierto esfuerzo, de la actividad idónea para satisfacer el interés del acreedor, sino el deber de mantener la «posibilidad» de la prestación, tomando las medidas oportunas que eviten su imposibilidad.

La doctrina es casi unánime en ligar la imputabilidad y responsabilidad a un reproche en la conducta del deudor. Sin embargo, nuestro artículo 1.107 hace responsable al deudor de *buena fe* de los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de la constitución de la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Aquella doctrina hace sinónimo deudor de buena fe de deudor que incumple culposamente. Sin embargo, parece paradójico calificar así a tal deudor, pues un deudor de buena fe es el que se comporta correcta, honesta y diligentemente. Y ese deudor incide en responsabilidad [1].

A) LA CULPA Y EL DOLO. PRUEBAS

Según el artículo 1.104, «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».

La concreción de la diligencia que en una determinada relación obligatoria ha de prestar el deudor la deja el artículo 1.104 a la convención de las partes. En su defecto, impone la que correspondería a un buen padre de familia, expresión esta última equivalente a la diligencia media que las personas normales suelen adoptar en el tipo de asuntos de que se trate, que es, en suma, a lo que el precepto alude al referirse a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de personas, lugar y tiempo. Se inclina, pues, el Código civil como

[1] Sobre la cuestión, véase DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, 2.ª ed., pp. 705-716, que se pronuncia en favor de una objetivización de la responsabilidad del deudor, pero limitada en su resarcimiento al *id quod interest*. Más allá de este mínimo, funcionan los tradicionales criterios de la culpa y el dolo.

En favor de la superación del criterio de la negligencia del deudor buscando un paralelismo con la evolución ocurrida en la responsabilidad extracontractual, en otras palabras, una objetivización de la responsabilidad contractual, véase la sentencia de 19 de febrero de 1987.

criterio subsidiario hacia una *consideración objetiva* de la culpa, que es la que se establece tomando en cuenta los criterios normales dentro de la comunidad.

Esta responsabilidad media rige también en los servicios prestados por profesionales. Están obligados a prestarlos según el estado *actual* de su profesión, sin que estén sujetos a la culpa levísima (Ss. de 26 de mayo de 1986 y 12 de julio de 1988).

Dentro de la culpa, la doctrina tradicional admitía la posibilidad de graduación. Se distinguía así una culpa lata, una culpa leve y una culpa levísima. La culpa lata es una grave falta de diligencia, que consiste, se dice, en no hacer lo que todos hacen. La culpa leve es la omisión de la diligencia normal, y la culpa levísima consiste en una omisión del cuidado que ponen las personas escrupulosas. En realidad, la importancia práctica de esta distinción se proyecta en la pretendida equiparación entre la culpa lata y el dolo.

La teoría de las graduaciones de la culpa o negligencia, que el Derecho común admitió, no pasó al Código civil, ni tampoco había base en él para entender vigente la máxima «culpa lata dolo aequiparatur». Sin embargo, la Ley de 13 de mayo de 1981, que lo reforma, ha introducido la equiparación a efectos de responsabilidad entre dolo y culpa grave en algunos supuestos *(vid.* arts. 168, p. 2.°, y 1.366), siguiendo la corriente doctrinal que la propugna, ante la dificultad de probar el dolo y la necesidad de imponer a cualquier deudor un mínimo de diligencia.

A diferencia de lo que ocurre con el dolo como vicio de consentimiento contractual, el Código civil no determina cuándo el incumplimiento de una obligación es doloso.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige en este dolo que contemplamos la intención de perjudicar o dañar, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico, que con su actividad ejecuta algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y hace lo que no debe hacer, «debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción» (Ss. de 9 de marzo de 1962, 27 de abril y 19 de mayo de 1973).

El dolo aparece en el cumplimiento de las obligaciones como causa de agravación de responsabilidad del deudor.

La doctrina y jurisprudencia dominante, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de éste, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183, y en consecuencia, sobre él recae la carga de probar las causas por la que no le es imputable.

Si la obligación no es de resultado, sino de medios, el acreedor ha de probar que el deudor no ha empleado la diligencia requerida (Ss. de 13 de julio de 1987 y 12 de julio de 1988).

En cambio, el dolo, que nunca se presume, ha de ser probado por el acreedor siempre.

B) La exoneración del deudor: caso fortuito y fuerza mayor

En el Código civil nos encontramos con preceptos que eximen de responsabilidad al deudor cuando sobreviene un caso fortuito [2], o se da una fuerza mayor [3], o se emplean conjuntamente ambos términos [4]. Sin embargo, no define ni uno ni otra, sino que en el artículo 1.105 establece una disposición general: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.» Por tanto, imposibilidad de prever o inevitabilidad de lo previsto configuran los dos supuestos legales de exoneración del deudor, salvo que la ley o la convención de las partes manifieste lo contrario.

Sin embargo, hay que situarse siempre en el ámbito de la diligencia exigible al deudor para llegar a aquellas calificaciones del suceso. A más diligencia, mayor obligación de previsión y mayor obligación de poner las medidas adecuadas para que no ocurra. A un tipo de diligencia media (la conducta del «buen padre de familia») corresponderá una previsión de lo que acontezca en el curso normal de la vida, y una toma de medidas igualmente normal. En este punto dice la jurisprudencia que hay que excluir de los deberes de previsión «aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquélla que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparables a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos» (S. de 9 de noviembre de 1949, confirmada por las de 7 de abril de 1965 y 1 de septiembre de 1983, entre otras).

Aunque la línea dominante en la jurisprudencia es la no distinción del caso fortuito con la fuerza mayor en cuanto a los efectos, no ha dejado de hacerse eco de la diferenciación doctrinal de ambos eventos, y que ve el caso fortuito como el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor sería el que se origina fuera, con violencia insuperable, y que cae fuera de lo que debe preverse

[2] Arts. 1.096 y 1.891, entre otros.
[3] Arts. 457, 1.777 y 1.784.
[4] Arts. 1.603 y 1.625.

en el curso ordinario y normal de la vida [5]. El ejemplo más claro sería el artículo 1.784, que exonera de responsabilidad al fondista por daños a los efectos de los viajeros si se producen por robo a mano armada u otros sucesos de fuerza mayor, pero no si provienen de los criados o dependientes o de extraños. Por tanto, él asume el riesgo de las actividades que ocurran en el círculo de su empresa exclusivamente, lo que por traslación se predica de cualquier deuda, viniendo a suplirse de este modo la regulación tradicional del caso fortuito y fuerza mayor, fundada en la previsibilidad e inevitabilidad (criterios de raíz subjetiva), por un problema de reparto de los riesgos del incumplimiento contractual [6].

C) La responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares

Por regla general debe entenderse que el deudor responde frente al acreedor no solamente como consecuencia de su propia actividad, sino también como consecuencia de la actividad de las personas que como auxiliares, dependientes o colaboradores suyos hayan intervenido en la preparación o en la ejecución de la prestación. Nuestro Código civil no hace referencia con carácter general a este problema en materia de responsabilidad contractual. Existen, sin embargo, algunas aplicaciones concretas del principio a lo largo de su articulado. Así, la sujeción del arrendatario a responsabilidad por los deterioros causados por las «personas de su casa» (art. 1.564); la del contratista por los trabajos ejecutados por las personas que haya ocupado en la obra (art. 1.596); la del mandatario por la gestión de su sustituto, cuando no se le haya dado facultad para nombrarlo o se le haya dado tal facultad, pero sin designar persona y el nombrado fuera notoriamente incapaz o insolvente (art. 1.721); y la del fondista o mesonero por los daños ocasionados en los efectos de los viajeros por los dependientes de aquél (art. 1.784).

Planteado el problema en términos generales, las soluciones, que pueden llamarse tradicionales, serían dos:

a) El criterio legal que nuestro Código civil sostiene es el de una personalización de la culpa. Por consiguiente, sólo es responsable el deudor cuando él mismo haya incurrido en culpa, lo cual puede ocurrir por falta de diligencia en la elección de los auxiliares (culpa *in eligendo)* o por falta de diligencia en el control de la actuación de los mismos (culpa *in vigilando).* Esta tesis, sin

[5] S. de 30 de septiembre de 1983 y las que cita.

[6] La distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en el sentido expuesto en el texto se acepta en las siguientes leyes: art. 84 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1975, texto refundido; art. 35.6, apartado *a),* del Reglamento de la Ley de Caza, de 25 de mayo de 1971; art. 1.°2 de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido de 28 de junio de 1986.

embargo, conduciría a la inimputabilidad de la lesión del derecho de crédito cuando el deudor probara su falta de culpa *in eligendo* o *in vigilando.*

b) La imposibilidad de la prestación causada por un auxiliar del deudor engendra una responsabilidad extracontractual del autor directo del daño *ex* artículo 1.902 y sólo una responsabilidad, también extracontractual del deudor, a virtud de la norma del artículo 1.903. Mas prescindiendo de que el artículo 1.903 parece fundado también en la idea de culpa *in eligendo* o *in vigilando* (cfr. art. 1.903, *in fine),* se llegaría a una exoneración o a una limitación de la responsabilidad del deudor.

La objetivación de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares constituye una exigencia económica y jurídica, que encuentra su fundamento no sólo en el empeoramiento de la situación del acreedor, que se produce aplicando los principios de la culpa extracontractual o de la culpa *in eligendo* o de la culpa *in vigilando,* sino también en otra serie de consideraciones. Así, cabe pensar que si la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus dependientes en determinados casos, por la misma razón debe ser inducida una regla general favorable a ella. Por otra parte, si la única circunstancia exoneradora de la responsabilidad del deudor es el carácter fortuito del impedimento de la prestación, no puede proceder del círculo de su actividad, que debe estar sometido a su control. Además, la actividad de los auxiliares y dependientes del deudor se encuentra comprometida por éste según la naturaleza misma de la prestación, es decir, se encuentra implícita en la voluntad contractual. Por ejemplo: el que lleva a reparar a un taller mecánico un vehículo y el que asume la reparación convienen implícitamente que será reparado por los operarios del taller. En aquellos casos en que la actividad de los auxiliares no esté comprometida por la naturaleza de la prestación, la actuación de un sustituto debe medirse por las reglas generales del artículo 1.721. Por último, en estrecha relación con la anterior idea se encuentra el principio de la confianza, de acuerdo con el cual el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes.

La doctrina se ha planteado el problema de si para que el deudor sea responsable por la actividad de sus auxiliares se requiere la culpa de éstos. Ferrara se pronuncia en sentido afirmativo, lo mismo que el parágrafo 278 del B.G.B. Sin embargo, ya Feder señaló en 1902, que la solución dada por el B.G.B. al problema se encontraba en contradicción con el mismo fundamento de la responsabilidad por la actividad de los auxiliares, pues hallándose aquélla en el hecho de que, a través de ellos, el deudor extiende su actividad económica, lo lógico es que sea responsable aunque no haya culpa de los auxiliares, salvo el caso fortuito.

D) Convenios modificativos de la responsabilidad

Los pactos que modifican el régimen de la responsabilidad legalmente es-

tablecido son, en principio, válidos y eficaces al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que respeten sus límites: ley, moral, orden público (art. 1.255).

Imperativamente, es decir, por lo que respecta al límite legal de los pactos, el artículo 1.102 declara la nulidad de la renuncia (preventiva) a la acción para exigir la responsabilidad por dolo. En cambio, el artículo 1.103 no se pronuncia con tanta rotundidad acerca de la acción para exigir la responsabilidad por culpa, pues dice simplemente que es «igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones», pero sin referirse a la renuncia a la acción, al contrario que en la responsabilidad dolosa. Además faculta a los Tribunales para moderar aquella responsabilidad culposa «según los casos». Por tanto, las estipulaciones de las partes sobre la culpa y sus consecuencias son, en principio, válidas y eficaces. No obstante, tienen que sufrir el contraste con los criterios de la moral y orden público para, una vez superados, desplegar sus consecuencias.

De ahí que las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deben estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1.256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado.

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad por culpa se traduce, según veremos en el capítulo siguiente, en una indemnización de daños. Por eso, tampoco deben ser válidas las estipulaciones por las que el responsable sólo quede obligado al pago de una cantidad (v.gr., cláusula penal) ridícula o desproporcionada a la real. Ello equivaldría a un fraude de ley: se respeta el juego de las normas sobre la responsabilidad, no hay renuncia a ninguna acción, pero de hecho se deja reducido a la nada.

Así pues, la renuncia a exigir responsabilidad por culpa, o el pactar preventivamente su cuantificación en los términos antedichos deben considerarse opuestos al artículo 1.255.

Otras hipótesis distintas son: *a)* la especificación del grado de diligencia exigible al deudor, que será válida según el artículo 1.104; *b)* la agravación de su responsabilidad, haciéndole responder de lo que el régimen legal le exime, como del caso fortuito o fuerza mayor, lo que permite el artículo 1.105.

De limitaciones de la responsabilidad también pueden calificarse los pactos que afectan a la que el deudor tiene en cuanto que el artículo 1.911 le obliga a responder de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Tales pactos ¿pueden limitar los bienes que pueden ser agredidos por el acreedor para su satisfacción forzosa?

Las limitaciones de la responsabilidad en este sentido son consentidas por el Código civil y en la Ley Hipotecaria en algunos supuestos (arts. 1.087, 1.920 C.c.; art. 140 L.H.). No parece que sea ello índice de que en los demás estén prohibidos, pues tal norma no existe. Cabe conceptuarlos como renuncias o quitas anticipadas a la parte insatisfecha del interés del acreedor, aunque siempre han de establecerse con claridad y precisión (S. de 21 de mayo de 1963). Por

otra parte, hay que juzgar su validez en función de la moral y orden público (art. 1.255). En la línea que hemos desenvuelto en párrafos anteriores, habría que estimar nulos los que condujesen en la práctica a una exención de responsabilidades del deudor o la dejasen reducida a límites intolerables.

De las limitaciones que estudiamos se ocupa la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, si se insertan en las condiciones generales de la contratación predispuestas por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas en sus contratos, aplicación que no puede evitar el consumidor o usuario que quiera obtener el bien o servicio de que se trate (art. 10.2). Son nulas «las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio», así como «la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario» (art. 10, apartado *c,* números 6.° y 7.°). Fuera de esta hipótesis, cualquier otra cláusula será nula si es abusiva, entendiendo por tal «las que perjudiquen de una manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios». (art. 10, apartado *c,* número 3.°). La Ley establece expresamente la nulidad de la renuncia previa por los consumidores o usuarios a los derechos que les reconoce (art. 2.°3).

La Ley de 8 de octubre de 1980, reguladora del contrato de seguro, preceptúa que las condiciones generales no podrán tener «carácter lesivo» en ningún caso para los asegurados, y dentro de ellas «se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito» (art. 3.°, párrafo 1.°).

III. LA IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO AL ACREEDOR. LA *MORA CREDENDI*

El hecho de que la responsabilidad del deudor constituya el supuesto normal y el de más frecuente examen, no excluye que, por lo menos en algunos casos, la infracción del crédito o su insatisfacción puedan ser imputados al propio acreedor. Así ocurre cuando es él quien de manera dolosa o negligente provoca la destrucción o la pérdida de la cosa que debía ser objeto de una prestación de entrega o su deterioro, o hace imposible el *facere* del deudor.

También puede concurrir su culpa con la del deudor en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Aunque la doctrina de la concurrencia de culpas —culpa del causante del daño y culpa del perjudicado— ha sido aplicada, sobre todo, en materia de responsabilidad extracontractual, puede serlo también a la responsabilidad contractual. La existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor del hecho dañoso o, por lo menos, provoca una moderación o disminución de la misma ley, según que aquella culpa sea intensa en grado de anular cualquier otra o, por el contrario, coexista con ésta.

Atención especial merece la mora del acreedor, o mora *credendi,* que es la omisión por parte de él del comportamiento preciso para que se produzca la prestación, cuando este comportamiento es necesario. No determina por sí misma una definitiva insatisfacción del derecho de crédito ni una imposibilidad sobrevenida de la prestación, sino simplemente un mero retraso en su ejecución.

Aunque falta en el Código civil una disciplina general de la figura, no se encuentra ausente de él. La doctrina, inspirándose en los principios generales del Derecho de obligaciones, puntualiza que los requisitos necesarios para que el fenómeno se produzca son:

1.° El deudor puede objetivamente cumplir la obligación y ejecutar la prestación puesta a su cargo, lo que supone que existe una obligación exigible y vencida y que el deudor ha realizado ya cuanto estaba en su mano para que el resultado (la prestación) pudiera ser alcanzado.

2.° La prestación que el deudor está dispuesto a cumplir es la programada en la obligación y no otra distinta.

3.° Debe existir un ofrecimiento de pago hecho por el deudor como oferta real de la prestación o como pura comunicación. La moral *credendi* no exige, sin embargo, ninguna especial intimación o interpelación como la mora del deudor, además de aquel ofrecimiento.

4.° La mora *credendi* tampoco exige ninguna especial culpabilidad del acreedor moroso, sino simplemente la negativa sin razón a recibir.

Como *consecuencias* más importantes de la mora del acreedor pueden señalarse las siguientes:

1.° Se compensa la mora del deudor si estuviese incurso en ella y se excluye para lo sucesivo.

2.° Se modifica el sistema normal del riesgo por la pérdida de la cosa o por la imposibilidad sobrevenida fortuita, que pasa a cargo del acreedor (cfr. arts. 1.452, 1.589 y 1.590)[7].

3.° El deudor de la prestación de dar puede quedar liberado de la obligación mediante la consignación.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TERCEROS EN LA LESION DEL DERECHO DE CREDITO

Hasta ahora hemos pensado que la lesión del derecho de crédito o la insatisfacción del acreedor podía ser causada, como normalmente lo es, por el deudor obligado o bien que podía serlo también, excepcionalmente, por un acto del acreedor. Es posible, sin embargo, que el causante de la lesión del derecho o de la insatisfacción del acreedor sea un tercero extraño a la obligación, como es posible también que obedezca a un hecho ajeno a esas personas.

[7] S. de 30 de mayo de 1986.

La lesión del derecho de crédito se produce por obra de un tercero en los casos en que éste destruye o deteriora las cosas que eran objeto de la obligación; produce una injuria en la persona del deudor (por ejemplo, muerte, lesiones, privación de libertad, etc.); en complicidad con el deudor se disminuye la garantía patrimonial o la solvencia de éste (por ejemplo, enajenación en fraude de acreedores) o se viola una obligación negativa (por ejemplo, un pacto de exclusiva. El tercero, que conoce su existencia y, por tanto, que el concedente de la exclusiva no puede contratar con terceros, lo hace con él).

El problema básico consiste en determinar si el tercero asume frente al acreedor una responsabilidad por la violación o lesión de su derecho. El obstáculo más grave para afirmarlo es el carácter relativo que dogmáticamente se atribuye a los derechos personales, en general, y a los derechos de crédito en particular. Puesto que sólo el deudor resulta obligado, para los terceros el derecho de crédito no genera ningún tipo de deber y, por consiguiente, en cuanto no obligados, no son responsables ante el acreedor, su conducta es libre.

Sin embargo, frente a la tesis anterior hay que señalar que existe un deber de respeto del derecho de crédito, que no es más que una consecuencia del deber general de respeto de las situaciones jurídicas que integran la esfera jurídica y el patrimonio ajeno. Por ello, el tercero que viola dolosa o negligentemente el derecho del acreedor asume una determinada responsabilidad y debe indemnizar los daños y perjuicios que como consecuencia se le produzcan al titular. Esta consecuencia, denominada «tutela aquiliana del crédito», encuentra su fundamento en el artículo 1.902 del Código civil y da lugar a un deber de indemnización de daños y perjuicios. Se trata de una responsabilidad extracontractual, que rige por las normas generales del derecho de daños.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BADOSA COLL: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación,* Zaragoza, 1987; GARCÍA AMIGO: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual,* Madrid, 1965; JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual,* Madrid, 1988; LUPOI: *Il dolo del debitore,* Milán, 1969; MELICH: *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro,* R.G.L.J., 1975, I, p. 195; TORRALBA: *La responsabilidad de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones,* A.D.C., 1971, p. 1.143.

17. LA DEFENSA DEL DERECHO DE CREDITO

I. LOS MEDIOS DE TUTELA Y PROTECCION DEL CREDITO

Llamamos medios de tutela del derecho de crédito al conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para reclamar la satisfacción de su interés en la relación obligatoria, cuando tal interés se ha visto insatisfecho total o parcialmente (tutela defensiva), o existe el peligro de que la insatisfacción pueda producirse (tutela preventiva).

Con carácter general no existe en el Código civil una regulación de las medidas de tutela preventiva, que son las últimas acabadas de aludir. Pudieran serlo la acción subrogatoria e incluso la acción pauliana, de las que trata el artículo 1.111, concibiéndolas como acciones de los acreedores para la tutela de su garantía, que es el patrimonio del deudor, sus bienes presentes y futuros (art. 1.911). Con tal fin cabría que ejercitasen los derechos y acciones que las corresponda (acción subrogatoria) ante su inactividad, con lo cual conseguirían la entrada de bienes en su patrimonio, o revocasen los actos que ese deudor efectuase para defraudar la satisfacción futura de su interés. Pero como veremos en páginas sucesivas, nuestro artículo 1.111 sigue otra línea; sólo entran en juego ante una insatisfacción producida, ante un incumplimiento de la obligación que ha vencido ya y es exigible. En otras palabras, son medios fundamentalmente de cobro de lo que se les debe. Esta es la idea directriz de la jurisprudencia.

Sin embargo, según iremos viendo al hacer el estudio de cada institución jurídica, nuestro Código civil no desconoce la importancia de las medidas de tutela preventiva. Por lo que respecta a la parte general de las obligaciones, son importantes dos preceptos en su momento analizados: los artículos 1.121 y 1.129. Al acreedor condicional se le permite, recordemos, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, y se autoriza por otra parte al acreedor en una obligación cuya exigibilidad es aplazada, a dar por vencido el término cuando pueda frustrarse en el futuro la satisfacción de su interés.

Las medidas de defensa del acreedor juegan un papel trascendental en el Derecho procesal. De nada serviría que una sentencia declarase o impusiese un deber de cumplimiento al deudor si hubiera de quedar inefectivo. Dentro de esas medidas cautelares que es posible solicitar al órgano judicial cabe mencionar el embargo preventivo, las de aseguramiento de bienes litigiosos, y las que el juez puede tomar cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas (arts. 1.387 y ss. L.E.C.).

II. LA ACCION DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

Ante la lesión del derecho de crédito por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, dispone el acreedor de una acción para obtener la condena del deudor a que cumpla lo debido o a que cumpla en la forma en que se convino. En las obligaciones sinalagmáticas dispone también, supuesto que él haya cumplido o hubiera estado dispuesto a cumplir lo que le incumbía, de la posibilidad de resolver el vínculo obligatorio en base al artículo 1.124 del Código civil.

Pero la acción de cumplimiento no agota las medidas protectoras del acreedor. Hay que prever la hipótesis, bastante frecuente, de que, pese a la condena judicial, el deudor no cumpla voluntariamente.

En modo alguno puede sostenerse que, entonces, la obligación del deudor se transforma en una obligación de indemnizar daños y perjuicios. El acreedor tiene derecho, ante todo y sobre todo, a que se satisfaga su interés en forma específica, a que se realice la prestación que se pactó. Además, y compatible con la acción de cumplimiento, está legitimado para pedir indemnización de daños y perjuicios si se dan las circunstancias para ello.

A) EJECUCIÓN FORZOSA EN FORMA ESPECÍFICA

Consiste en proporcionar al acreedor la misma prestación constituida como objeto de la obligación.

a) *Ejecución forzosa de la obligación de dar.*—Dice el artículo 1.096 que «cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor».

El artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la sustitución de la voluntad del deudor rebelde a cumplir por actos de la autoridad judicial, cuando la cosa sea determinada y se halle en su patrimonio.

b) *Ejecución forzosa de obligaciones de hacer.*—Según el artículo 1.098 del Código civil, ante la negativa del deudor a cumplir se manda el cumplimiento (por un tercero) a su costa. Agrega que «esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se haga lo mal hecho». Es decir, el cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer es sancionado con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona y a su costa.

No obstante, en las obligaciones de hacer hay que matizar adecuadamente la naturaleza de la prestación. Un hacer insustituible por haber tenido en cuenta el acreedor la calidad y circunstancias del deudor obligado (art. 1.161 C.c.) determinará la imposibilidad de cumplimiento por un tercero. Según el artícu-

lo 924, párrafo 1.°, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor tiene derecho en este caso a la indemnización de daños y perjuicios si el deudor no hace aquello a que le ha condenado la sentencia.

La prestación de hacer puede ser de un hacer material o de un acto jurídico, como prestar un consentimiento o emitir una declaración de voluntad. Es admisible la sustitución de la voluntad del deudor por la del órgano judicial siempre que la situación jurídica a la que da vida esté perfectamente determinada en sus elementos esenciales, y el consentimiento del obligado no sea personalísimo. Así, por ejemplo, el juez podrá sustituir al deudor que se niega a otorgar la escritura pública de venta de un piso específico que yo he comprado por un precio estipulado, pero no suplir mi consentimiento matrimonial si yo me niego a cumplir la promesa de matrimonio.

c) *Ejecución forzosa de obligaciones de no hacer.*—En ellas domina el mismo principio que en la ejecución forzosa de obligaciones de hacer: la persona del deudor no puede ser constreñida o violentada para cumplir. Si una persona se obliga a no prestar servicios para tener sobre ellos una exclusiva el acreedor, es obvio que no podrá éste recurrir a la autoridad judicial para que «secuestre» al deudor a fin que no tenga prácticamente libertad de movimientos.

El Código civil, con miras a las obligaciones de no hacer de carácter material, dice en el artículo 1.099 que el acreedor puede pedir que se deshaga lo hecho contra la conducta negativa a que se había obligado al deudor.

La sentencia que condena al deudor a no hacer puede ser quebrantada. Además del efecto anterior, el artículo 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que se entiende que opta por la indemnización de daños y perjuicios, es decir, excluye todo cumplimiento en forma específica porque coaccionaría su persona.

d) *Ejecución forzosa de la obligación dineraria.*—Si la obligación determina a cargo del deudor una prestación pecuniaria, ante su incumplimiento se procede al embargo y venta en pública subasta de bienes suficientes según la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) Cumplimiento por equivalente

Significa el cumplimiento por equivalente la transformación de la obligación, que queda o se perpetúa, pero en lugar de realizarse la prestación pactada se hace otra, consistente en el abono de una suma que represente el valor de aquélla, al que se llama también «interés» *(id quod interest)* y «equivalente» por la existencia de una identidad de valor.

En nuestro Código civil no se especifica claramente si el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento *in natura* cuando ello es posible, o puede acudir al cumplimiento por equivalente [1]. La doctrina se inclina por estimar que

[1] El Código civil no se pronuncia con claridad sobre este problema. En el artículo 1.096, referente al cumplimiento de obligaciones de dar cosas, claramente *faculta* el acreedor para reclamar el cumplimiento específico. En cambio, en el artículo 1.098, a propósito de las obligaciones de hacer, dice que si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, *se mandará* ejecutar a su costa, lo que indica el carácter principal que posee aquí la ejecución en forma específica.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 924-926) no nos sirve para dilucidar la cuestión, pues se ocupa de la ejecución de sentencias una vez deducidas las pretensiones en el pleito. Lo que interesa saber es si puede el acreedor deducir la pretensión de cumplimiento por equivalente en lugar de la de cumplimiento específico de la obligación.

el acreedor debe exigir el cumplimiento en forma específica, y sólo cuando no sea posible o en la medida en que no sea posible podrá pretender el cumplimiento por equivalente. En otras palabras, es este último subsidiario (S. de 24 de abril de 1973).

El cumplimiento en forma específica ha de considerarse como la pretensión que el acreedor debe ejercitar principalmente, siempre que sea posible. No tiene más derecho que el de exigir el cumplimiento de la prestación prometida, no otra que sería su equivalente porque significaría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo, ni el deudor puede obligarle a aceptar este último cuando el primero es posible, porque no fue la prestación pactada. Tan subsidiario es para el acreedor exigir el equivalente como para el deudor el cumplir de esa forma.

No obstante, el acreedor en las obligaciones sinalagmáticas puede optar, según el artículo 1.124, entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación.

El cumplimiento por equivalente no está regulado especialmente en el Código civil, que sólo se ocupa en el artículo 1.101 de establecer la obligación de indemnizar daños y perjuicios a cargo del deudor que no cumple o cumple defectuosamente. Pero aquel cumplimiento está en realidad comprendido en esa obligación. En efecto, dice el artículo 1.106 que «la indemnización de daños y perjuicios comprende *no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido,* sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el deudor» (vid. también art. 1.136-2.ª y 3.ª).

III. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

a) *Daños indemnizables.*—Además de las acciones de cumplimiento, tanto en forma específica como por equivalente, el acreedor perjudicado dispone de una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le ha causado. La acción de resarcimiento es compatible con la acción de cumplimiento y con la acción resolutoria en las obligaciones recíprocas (art. 1.124).

El fundamento legal de esta acción es el artículo 1.101 del Código civil, a cuyo tenor «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, ne-

gligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

Preceptúa con carácter general el artículo 1.106 del Código civil que «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

La falta de cumplimiento y el cumplimiento defectuoso dañan el interés del acreedor, que no sólo no se beneficia con el incremento que en su patrimonio se debería producir representado por el valor de la prestación que falta o en lo que falte, si es defectuosa (daño emergente), sino que, además, ha podido experimentar un perjuicio adicional, consistente en la pérdida de la ganancia que hubiera obtenido si el deudor hubiera ejecutado la prestación debida (lucro cesante). En términos generales, tanto el daño emergente como el lucro cesante han de ser reparados.

Sin embargo, sin dejar de ser ciertos los conceptos expuestos en el párrafo anterior, interesa precisar que el daño emergente no se confunde necesariamente con el valor de la prestación que falta, sino que llega más allá. Piénsese en los gastos que ha soportado el comprador para adquirir el dinero con el que pagar la mercancía que no se le entrega, o para realizar las obras necesarias que le permitan utilizarla (p. ej., una nave especial para maquinaria que ha comprado). Es claro que son pérdidas experimentadas por el incumplimiento, una disminución injustificada de su patrimonio que necesita ser resarcida. Obsérvese que el artículo 1.106 dice «la pérdida que haya sufrido» el acreedor, concepto lo suficientemente amplio para acoger pérdidas que no consistan estrictamente en la falta de valor de la prestación.

Respecto del lucro cesante, la jurisprudencia se muestra restrictiva en su apreciación, declarando reiteradamente que no son indemnizables las ganancias dudosas o contingentes, sólo fundadas en esperanzas. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva, derivada del curso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto (S. de 31 de mayo de 1983, entre otras).

Hay que subrayar, en materia de daños indemnizables, el inicio de una línea jurisprudencial favorable a la indemnización del daño moral que pudiera producirse por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (Ss. de 9 de mayo de 1984 y 24 de septiembre de 1986).

b) *Prueba del daño.*—Reiterada doctrina jurisprudencial exige que el acreedor pruebe la existencia de los daños, que no se puede dejar este punto a la ejecución de la sentencia. En este trámite sólo puede fijarse el *quantum*, pero partiendo siempre de las bases fijadas en la sentencia (S. de 17 de septiembre de 1987 y las que cita). Sólo cuando no sea posible fijar el *quantum* en la sentencia, ni establecer en ella las bases para lograrlo en ejecución, cabe hacer la condena a indemnizar daños en aquella sentencia con reserva de fijar su importancia en la ejecución (art. 360 L.E.C.; S. de 27 de junio de 1984). Por otra parte, los daños han de tener un nexo de causalidad en el incumplimiento, han de derivar de él (S. de 6 de octubre de 1961, entre otras).

Tratándose de un incumplimiento contractual, se ha señalado que por sí mismo puede constituir ya un daño, aunque otra cosa es la necesidad de la prueba de su extensión o cuantía (Ss. de 9 de mayo y 27 de junio de 1984 y 24 de septiembre de 1986).

c) *Extensión del daño resarcible.*—Para determinar la extensión del daño resarcible, el artículo 1.107 distingue entre el deudor de buena fe y el deudor doloso.

Según su párrafo 1.°, el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios que: 1.° Se hayan previsto o podido prever al tiempo de constitución de la obligación. 2.° Sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento.

El lenguaje del Código resulta incomprensible si no se pone en relación con el origen histórico del precepto, que no ha hecho más que sentar una regla general, tomada del artículo 1.150 del Código Napoleón, sobre la base de una serie de casos expuestos por POTHIER. El jurisconsulto BIGOT DE PREAMENAU la exponía así: «No se debe tomar en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era el objeto de la obligación y no los que la inajecución de esa obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o en sus otros bienes».

> Dice POTHIER: supongamos que yo he vendido a alguien un caballo y no lo entrego. Si los caballos hubieran aumentado de precio, lo que el comprador ha pagado de más por haber adquirido otro es un perjuicio que debo reparar, que no tiene relación más que con la cosa objeto del contrato, que he podido prever que él podría sufrir, estando el precio de los caballos, como el de las demás cosas, sujeto a variación. Mas si ese comprador fuera un canónigo, quien, por culpa de no haber recibido un caballo mío no hubiera podido llegar a tiempo para recoger sus pingües beneficios, yo no seré responsable de esa pérdida, pues es un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto de mi obligación, y que no ha sido previsto cuando se celebró el contrato. Unicamente si yo lo he vendido con cláusula expresa por la que me comprometía a entregarle el caballo a tiempo para que pudiese ir a recoger sus beneficios, vendría obligado a indemnizarle éstos si el canónigo no ha podido encontrar fácilmente otro caballo ni otro carruaje. El riesgo del perjuicio aquí se ha previsto.

Para el deudor de mala fe, el párrafo 2.° del artículo 1.107 extiende las consecuencias del hecho dañoso. El deudor responde «de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento». No es que aquí el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento o cumplimiento defectuoso desaparezca, sino que se aprecia con una mayor laxitud *(conocidamente),* mientras que para el deudor de buena fe hay que atender a los daños que sean «consecuencia necesaria». Salvada esta circunstancia, queda por saber el exacto sentido de las palabras del Código, que lo mismo que en el caso del deudor de buena fe no se encuentra más que en sus antecedentes históricos.

Tales antecedentes nos demuestran que los daños a cargo del deudor de mala fe no son exclusivamente los previstos o debidos a prever al constituirse la obli-

gación, sino todos aquellos que se puedan imputar a su conducta, aunque, como decía GARCÍA GOYENA, no sean su consecuencia directa, inmediata e inevitable. En otras palabras, abarca también su responsabilidad al daño ocasionado en otros bienes o negocios del acreedor.

> Señalaba POTHIER que el deudor no es responsable tan sólo de los daños que el acreedor ha sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, *propter rem ipsa,* sino de todos los daños e intereses que ha sufrido en sus otros bienes. Por ejemplo, continúa el clásico autor francés, si un tratante me ha vendido una vaca que sufría una enfermedad contagiosa, y me había ocultado ese vicio, responde del daño que he sufrido en la vaca, y que ha sido objeto de su obligación primitiva, y también de lo que he sufrido en el resto del ganado contagiado.
>
> Ahora bien, el dolo del deudor no le hace responsable al infinito de toda cadena de males. Si yo no he podido arar mis tierras por defecto del ganado, las he dejado incultivadas y, por tanto, no puedo pagar mis deudas y se me embargan todos los bienes. De esos daños no responde aquel deudor, pues es posible que tengan otras causas. Yo podría haber comprado otro ganado, arrendado mis tierras, alquilado otros animales, y el daño subsiguiente a la pérdida de mi ganado no se hubiera producido. El deudor doloso me habrá de indemnizar desde luego la menor ganancia que por ello he obtenido, porque derivan del dolo inexcusablemente.

Hay que observar que el artículo 1.107 *viene a limitar la declaración general del artículo 1.106,* pues con arreglo a este último precepto sobraría toda distinción entre daños intrínsecos y daños extrínsecos. Claramente se detecta que es una excepción permitida por este último precepto *(«salvas* las disposiciones contenidas en los artículos siguientes) su doctrina respecto al deudor de buena y mala fe [2].

IV. LA ACCION SUBROGATORIA

a) *Concepto y caracteres: La subsidiaridad y ejecutividad.*—Dice el artículo 1.111 del Código civil que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona». Por tanto, la llamada «acción subrogatoria» es un poder de los acreedores para ejercitar derechos y acciones de su deudor que, inactivo, deja por ello de aumentar su patrimonio frustrando la satisfacción de aquéllos. A veces, lo que los perjudica no es el voluntario empobrecimiento del deudor a través de actos fraudulentos, sino la inactividad, el no ejercitar derechos que le corresponden para adquirir medios de pago.

[2] La redacción del párrafo 1.° del artículo 1.107 se aparta con desventaja de la del mismo párrafo del artículo 1.016 del Proyecto de 1851, que decía: «En el resarcimiento de daños y perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato». GARCÍA GARCÍA explica que se abandona la fórmula del Código francés («los que han sido previstos o podido preverse») porque no dan una idea clara. Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera.

En nuestro Derecho civil la llamada acción subrogatoria es un recurso subsidiario: los acreedores no pueden recurrir a ella más que cuando de otra forma no obtengan satisfacción, pues han de perseguir antes «los bienes de que esté en posesión el deudor para *realizar* cuanto se le debe». Parece que se le impone un previo proceso de realización de bienes del deudor (embargo y realización forzosa para conseguir con lo obtenido la satisfacción), cuyo resultado negativo legitimaría para actuar la acción subrogatoria. Pero el rigor de la norma así interpretada, si bien seguido en la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido flexibilizado posteriormente, pues basta la prueba de la insolvencia del deudor en el mismo proceso que sus acreedores entablen como consecuencia de la subrogación (S. de 13 de diciembre de 1957, en la que se da como admitida por el Tribunal Supremo esta doctrina). En otros términos, basta que el acreedor demuestre, a satisfacción del juzgador, que el deudor es insolvente. El haber iniciado un proceso de ejecución infructuoso es evidentemente una de las pruebas de la insolvencia, pero no la única. Piénsese en que ese proceso haya sido seguido por otro acreedor distinto del que actúa en subrogación; a éste le servirá como prueba de la insolvencia.

Tanto una intepretación como otra no dejan de plantear interrogantes. En efecto, ¿cómo puede decirse que el deudor es insolvente cuando posee precisamente esos derechos y acciones en que se van a subrogar sus acreedores? Por otra parte, si el acreedor tuviera que recurrir a la previa realización de los bienes del deudor, es evidente que en ella se comprenderían tales derechos y acciones, porque son bienes suyos.

Cabe pensar, para que la acción subrogatoria no sea simplemente un nombre sin contenido, que cuando se exige la demostración de la insolvencia no se está pidiendo la prueba de una total carencia de bienes, sino la de insuficiencia patrimonial, o, por lo menos, la de que fuera de las acciones y derechos en cuestión, no existen otros bienes. En esas condiciones, hay que entender que el acreedor está legitimado para ejercitarlos directamente, sin necesidad de previo embargo al menos. Viene a ser así la acción subrogatoria un complemento del artículo 1.447 L.E.C., donde se especifican los bienes embargables y un orden a este efecto [3].

[3] Las dificultades apuntadas nacen, a nuestro juicio, de haberse regulado conjuntamente en el artículo 1.111 la acción subrogatoria y la pauliana, extendiéndose los requisitos de ésta a la primera. Con la acción pauliana los acreedores pretenden la ineficacia de los actos positivos del deudor (v. gr., enajenaciones) que lo ponen en una situación de insolvencia. Es una acción propia y específica que no se encuentra en su patrimonio. En cambio, la acción subrogatoria no es más que el ejercicio de derechos que se encuentran en su patrimonio. La insolvencia, pues, se explica en la pauliana, pero no en la subrogatoria.

b) *Acreedor legitimado: requisitos.*—Todo acreedor, no los acreedores *conjuntamente,* está legitimado para ejercitar la acción subrogatoria, y su crédito debe ser cierto, líquido y exigible, pues nuestro legislador estructura la acción con una finalidad satisfactiva, no simplemente conservativa del patrimonio del deudor o, en otros términos, de su garantía patrimonial. Por eso exige la previa persecución de sus bienes, cuyo sentido acabamos de exponer.

El acreedor actuante no es un representante del deudor al faltar el presupuesto básico de la representación: obrar un interés del representado. El acreedor actúa en su propio nombre y en su propio interés al ejercitar el derecho de otro, legitimado extraordinariamente por la ley para ello.

c) *Objeto.*—El objeto de la subrogación lo constituyen «derechos y acciones» del deudor, lo que ha de entenderse como sinónimo de pretensiones de éste contra terceros (p. ej., reivindicar una cosa, exigir el pago de una deuda, la entrega de un depósito, etc.). Se exceptúan «los que sean inherentes a su persona», entre los que se cuentan los que carecen de interés pecuniario y aquellos otros en los que su ejercicio exige la previa apreciación de un interés moral o íntimo que es exclusivo del deudor. Así, v. gr., no es subrogable el poder de revocación de una donación por ingratitud del donatario (art. 648), o para pedir la exclusión por indignidad de un tercero de la herencia a que ha sido llamado también el deudor (arts. 756 y 760).

d) *Efectos.*—La pretensión contra tercero no ha de ejercitarse por el monto de lo que el deudor subrogado debe al acreedor actuante (S. de 23 de junio de 1903). El resultado cede en beneficio del patrimonio del deudor común (S. de 13 de octubre de 1911). No hay punto de apoyo legal para afirmar que el acreedor pueda pagarse directamente con el objeto si es dinero. Tampoco le confiere un privilegio sobre lo ingresado en el patrimonio del deudor para ser satisfecho con anterioridad a otros acreedores por el hecho de haber ejercitado la subrogatoria, aunque éstos deben de contribuir a los gastos que se le hayan ocasionado al actuante, porque se benefician de su actividad.

Si la pretensión se ha ejercitado procesalmente, la sentencia será cosa juzgada para el deudor subrogado, aunque no haya tomado parte en el pleito. Su derecho contra el tercero es el que ha sido objeto de decisión, por lo que podrá oponer al acreedor, en su caso, las mismas excepciones que tendría contra el deudor si éste hubiese actuado.

V. LA ACCION PAULIANA

a) *Concepto y caracteres: la subsidiaridad y ejecutividad.*—La rescisión de los contratos por fraude de acreedores está regulada por el Código civil dentro del grupo de normas referentes a la rescisión de los contratos (art. 1.291.1.°). El artículo 1.111 únicamente enuncia con carácter general que los acreedores, podrán «impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos». De ahí que la acción pauliana es recurso subsidiario (art. 1.294), al

que únicamente es posible acudir *cuando no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe,* ejercitando una acción propia que la ley les otorga para lograr la ineficacia frente a ellos de los actos del deudor que le coloquen en una situación de insolvencia patrimonial para pagar sus deudas o cumplir sus obligaciones.

A diferencia de la llamada acción subrogatoria, que es una legitimación extraordinaria que la ley atribuye a los acreedores para ejercitar los derechos del deudor, la acción pauliana es una acción propia de ellos que ejercitan en su propio nombre y derecho. Nuestro Código la conceptúa como rescisoria de «contratos válidamente celebrados» (art. 1.290), pero que pueden devenir ineficaces exclusivamente en atención a los resultados que produce o que pueden contribuir a producir, que en el caso que nos ocupa es el fraude de acreedores.

Los actos fraudulentos contra los que la acción pauliana reacciona son actos perjudiciales para los acreedores, mediante los cuales se les defrauda de manera real y no fingida. Si el deudor, para perjudicarles, utiliza la vía de la simulación (v. gr., finge que enajena), no tendrán que utilizar la acción pauliana, sino que podrán ejercitar la acción de simulación. Teóricamente las diferencias son evidentes. En el primer caso el acto es real y en el segundo es fingido; en el primer caso el remedio lleva a la rescisión y en el segundo a la nulidad absoluta o inexistencia.

De igual manera que en la subrogatoria, se requiere una previa persecución de bienes del deudor, infructuosa, y una finalidad de pago: los acreedores ejercitan la pauliana a fin de satisfacerse con lo que obtengan.

b) *Presupuestos de ejercicio.*—Son:

1.° Que el deudor realice un acto que cause perjuicio a sus acreedores y ventaja para un tercero, perjuicio que consiste en la disminución de su garantía patrimonial hasta el punto de provocar la insatisfacción de aquéllos.

2.° Que ese acto merezca la calificación de fraudulento, lo que ocurrirá cuando el deudor actúe con el propósito de defraudar a sus acreedores, es decir, con el propósito de que no puedan cobrar lo que se les debe. Pero la prueba de la intención de perjudicar es muy difícil por su carácter íntimo. Por eso la jurisprudencia ha dado al fraude el significado de que el deudor ha de ser consciente del perjuicio que causa, ha (o debe) de conocer que después de realizado el acto no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos (S. de 7 de enero de 1958). En la realidad ocurre que este presupuesto se objetiviza, y normalmente el fraude se detecta probando la situación de insolvencia en que se ha colocado.

El fraude ha de estigmatizar también el acto desde el punto de vista del tercero, que ha de cooperar al mismo. Será fraudulento, pues, su comportamiento si sabe que el deudor defrauda a sus acreedores (S. de 28 de enero de 1966).

El carácter perjudicial y fraudulento del acto debe probarse por el acreedor.

3.° Insolvencia del deudor. Sin embargo, no se exige rigurosamente una persecución a cargo del actuante, previa, de los bienes del deudor para demos-

trar su insolvencia, sino que no quedan bienes libres para satisfacerse después del acto, aducible en el mismo juicio en que se actúe la acción pauliana (Ss. de 26 de abril de 1962, 31 de marzo de 1965 y 9 de noviembre de 1966).

La prueba del fraude está facilitada por algunas presunciones legales.

c) *Presunciones de fraude.*—El artículo 1.297 sienta dos presunciones muy importantes de fraude. Por una parte, presume celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes *a título gratuito.* Por otra, presume fraudulentas también las enajenaciones *a título oneroso,* hechas por personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de sus bienes.

Son dos presunciones de fraude de distinto significado. La primera es *iuris et de iure,* que no admite prueba en contrario. La segunda es *iuris tantum.*

En efecto, la adquisición a título gratuito es fraudulenta siempre. Según el artículo 643, p. 2.°, se presumirá *siempre* (lo que indica aquel carácter de presunción *iuris et de iure)* hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes suficientes para pagar las deudas anteriores a ella. También el artículo 37.4.° de la Ley Hipotecaria hace triunfar siempre las acciones rescisorias en fraude de acreedores, cuando el adquirente que inscribió en el Registro de la Propiedad su adquisición lo fue a título gratuito.

d) *Ejercicio y plazo.*—La acción pauliana, como la subrogatoria, no es una medida colectiva, no tiene que ser necesariamente ejercitada por todos los acreedores. Cualquiera de ellos podrá obtener la declaración de ineficacia del acto.

El acreedor, según la opinión más extendida, ha de serlo por un crédito vencido y exigible, y de fecha anterior al acto fraudulento (Ss. de 10 de julio de 1928 y 26 de abril de 1962). La razón parece clara: el acreedor que, por ejemplo, contrata con posterioridad ya cuenta con una garantía patrimonial nula o disminuida. Sin embargo, debe excepcionarse el supuesto de que la insolvencia fuese provocada anteriormente en vista de la nueva obligación que se iba a contraer, para perjudicar al nuevo acreedor (Ss. de 2 de marzo de 1981 y 17 de febrero de 1986).

Respecto de los acreedores condicionales con condición suspensiva, es dudoso si debe regir la misma doctrina. Cierto es que el artículo 1.121 les autoriza para ejercitar las acciones que conserven su derecho, pero no lo es menos que el artículo 1.111 requiere una previa persecución de bienes. No obstante, desde el momento en que ello equivale a la demostración de la insolvencia, no que el acreedor actuante de la pauliana sea quien tenga que perseguirlos previamente (cosa que no podría hacer el condicional obviamente), la tesis negativa carece de apoyo suficiente.

La acción pauliana debe dirigirse necesariamente contra el deudor y el que celebró con él el acto fraudulento. Pero si ese tercero adquirió un bien del deudor y después lo enajenó a otro (subadquirente), debe ser también demandado

este último cuando la enajenación se hizo a título gratuito o a título oneroso, siempre, en este último caso, que conozca el carácter fraudulento de la adquisición del que trae causa.

La acción dura cuatro años (art. 1.299) y es un plazo de caducidad, pues se trata de la alteración de una situación jurídica (Ss. de 11 de mayo de 1966 y 16 de octubre de 1971). No determina expresamente el Código civil el momento en que comienza a correr. Si tenemos en cuenta que la insolvencia o disminución de posibilidades de pago ha de producirse necesariamente del acto que se impugna (S. de 1 de julio de 1909), ha de estimarse que el plazo empieza a transcurrir desde su celebración (art. 37 de la Ley Hipotecaria).

e) *Efectos.*—La acción pauliana es una acción *personal* dirigida a la ineficacia del acto fraudulento en la medida que haya perjuicio al acreedor —por eso es subsidiaria— que actúe. Así pues, la ineficacia del acto no es total, se mantiene en lo que no haya perjuicio para aquél (Ss. de 10 de diciembre de 1904, 25 de junio de 1907 y 14 de junio de 1958).

Nuestro Código civil dice en el artículo 1.295, p. 1.°: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando *el que la haya pretendido* pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». Interpretado literalmente, exigiría al acreedor la devolución de lo percibido, y de ahí se deduce que a ellos es inaplicable porque no han sido parte en el negocio fraudulento y, por tanto, nada han recibido. Es el tercero el *obligado* a la devolución, sin perjuicio de las acciones que tuviere contra el deudor (Ss. de 26 de marzo de 1923 y 14 de junio de 1958).

De todas formas, el Código civil parte siempre de la base de que la rescisión obliga a devolver (arts. 1.295 y 1.298), sin hacer ninguna excepción para el negocio fraudulento. Por tanto, el tercero que celebró el acto ineficaz con el deudor habrá de restituir total o parcialmente al patrimonio de éste, y una vez allí, lo restituido será objeto de agresión por los acreedores. Es ésta la interpretación que se deduce rigurosamente de la ineficacia relativa del acto, y que puede dar lugar a complicaciones importantes[4].

[4] Lo normal cuando hay una rescisión parcial sobre todo, es que el tercero abone el perjuicio causado al acreedor sin restituir nada. El problema surge en la hipótesis de que haya que ejecutar una sentencia de rescisión parcial de enajenación fraudulenta de una finca urbana, por ejemplo, o una rústica. Habría que proceder a una división material de la misma, división a la que se aplicarían por analogía las reglas a la división de la comunidad de bienes, estimando que el acreedor tiene una cuota sobre el objeto proporcional al perjuicio que ha de repararse,

Para evitarlas, debe fingirse que, una vez firme la sentencia que da lugar a la ineficacia del acto, el bien entra en el patrimonio del deudor aunque permanezca en poder del tercero. Es decir, que ese tercero está obligado a soportar la satisfacción forzosa de los acreedores del deudor, hasta el límite en que haya sido declarado el perjuicio, sobre aquel mismo bien. O que siendo imposible la restitución *in natura,* debe el acreedor ser resarcido de los daños y perjuicios (arg. art. 1.298).

¿Beneficia la revocación del acto fraudulento a acreedores no actuantes? Generalmente se sostiene la negativa, el único beneficiado es el acreedor que ha ejercitado la pauliana. Sin embargo, ello supone conceder un privilegio para el cobro que no se asienta en ningún precepto, y las derogaciones a las regla *par conditio creditorum* son las taxativamente queridas por el legislador. Por otra parte, si el bien retorna (total o parcialmente) al patrimonio del deudor, o se finge como si retornase, constituye la garantía *de todos* los acreedores, por lo que el privilegiado, aunque no haya actuado la pauliana, podrá cobrarse sobre él con preferencia a otros.

Hasta aquí hemos hablado de los efectos respecto al tercero que celebra el acto fraudulento con el deudor. Pero el Código civil no es ajeno al supuesto de que ese tercero haya a su vez enajenado a otro, que llamaremos subadquirente, y por eso el artículo 1.295, párrafos 2.° y 3.°, dice: «Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión».

Se extraen de la norma dos consecuencias importantes:

1.ª La acción rescisoria se da también contra el subadquirente de mala fe, que deberá ser demandado junto con el deudor y tercero. Hay mala fe si ese subadquirente no ignora la debilidad del título en que se apoya el tercero que a él ha transmitido la cosa, es decir, conoce el fraude. Igualmente estará expuesto el subadquirente que adquiere a título gratuito (arg. art. 37 L. H.).

2.ª La acción se transforma en una acción para exigir daños y perjuicios al causante de la lesión si el subadquirente es de buena fe. El causante de la lesión es el tercero (adquirente del deudor) de mala fe y también el propio deudor obviamente (art. 1.298).

La transformación de la acción rescisoria en una acción tendente al resarcimiento de daños y perjuicios no sólo se produce cuando las cosas han pasado a un subadquirente de buena fe. Con carácter general determina el artículo 1.298 que «el que hubiese adquirido de mala fe *(por tanto, lo mismo el adquirente que el subadquirente de mala fe)* las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas». La amplitud de la expresión legal «por cualquier causa» fundamenta que en ella se incluya la pérdida de la cosa, aun por caso fortuito.

Todos los efectos que hemos descrito, derivados del ejercicio de la acción pauliana, no se producen si el acreedor actuante es indemnizado (arg. arts. 1.294 y 1.077).

No obstante, si ha sido un adquirente de mala fe, es tratado como poseedor de mala fe, obligado a restituir los frutos percibidos y debidos percibir (art. 455). Tales frutos tampoco los restituirá, sino que será deudor de la cantidad a que asciendan, respondiendo ahora con sus bienes propios, no sólo con el afectado por la rescisión.

f) *Actos impugnables.*—El artículo 1.292 dice que «son rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones *a cuyo cumplimiento no podía ser obligado el deudor al tiempo de hacerlos*». A contrario, el pago de una obligación vencida y exigible, aun en estado de insolvencia, y conociendo el acreedor la situación de su deudor, está inmune a la acción pauliana en el Código civil.

En el artículo 1.292 se incluyen los pagos de obligaciones inexigibles (p. ej., una obligación moral, una deuda de juego), y los pagos anticipados (p. ej., antes que la condición se cumpla). No obstante, los pagos de obligaciones aplazadas cuando todavía no ha llegado al vencimiento no son siempre atacables. Pensemos que, según el artículo 1.129, el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, *resulte insolvente,* salvo que garantice la deuda. Si paga en estado de insolvencia, paga cuando la deuda ya es exigible precisamente por reclamación del acreedor, que no tiene que esperar a su vencimiento. Pero si el acreedor no da, pese a la insolvencia, por vencida la deuda, habrá un pago anticipado rescindible.

En general, puede afirmarse que los actos impugnables son los que, además de fraudulentos, ocasionan de modo la insolvencia del deudor, determinada no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral de los créditos (S. de 14 de enero de 1935). Obsérvese que el artículo 1.111 habla en general de «actos», sin más precisiones sobre su naturaleza. Si en el artículo 1.291 y preceptos concordantes, dentro de las normas que tratan de la rescisión de los contratos, se alude a «contratos» o «enajenaciones» (como en el art. 1.297) y se regula su régimen jurídico es porque constituyen los medios usuales de defraudación. Este régimen jurídico es el que ha de aplicarse, con las debidas adaptaciones, a los demás actos revocables.

Por tanto, son impugnables los actos dispositivos aunque no sean estrictas enajenaciones, como los constitutivos de derechos reales sobre bienes del deudor en tanto entrañen una disminución o pérdida de su valor (v. gr., usufructo, uso, etc.), su aportación a una sociedad y la remisión de deudas.

La constitución de derechos reales de garantía, ya en favor de un acreedor, ya en favor de un acreedor de un tercero (p. ej., el deudor hipoteca los bienes de que dispone para garantizar a un acreedor de su hermano), otorga a éste una preferencia para el cobro que altera la regla *par conditio creditorum.* Disminuyen, pues, las posibilidades de satisfacción de los demás acreedores y, en consecuencia, pueden actuar la pauliana. Por otra parte, desvaloriza el derecho real de garantía el bien sobre el que recae.

La asunción de obligaciones es un camino usual de la insolvencia. El deudor perjudica a sus acreedores aumentando su pasivo. Piénsese en el supuesto de que asuma la obligación de afianzar a un tercero. El acreedor de éste podrá dirigirse contra su patrimonio, sustrayéndolo así a la acción de sus propios acreedores. Por eso se debe afirmar también la posibilidad de impugnación de ne-

gocios creadores de obligaciones hechos fraudulentamente (reconocimiento de deudas).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

AMORÓS GUARDIOLA: *La garantía patrimonial y sus formas,* R.G.L.J., 1972; DE CASTRO Y BRAVO: *La acción pauliana y la responsabilidad del deudor,* R.D.P., 1932, p. 193; FIGA FAURA: *La acción subrogatoria,* A.A.M.N., t. 9, p. 271; GIMÉNEZ ARNÁU: *La acción pauliana y la Ley Hipotecaria,* A.A.M.N., p. 191; GUILLÓN BALLESTEROS: *La acción subrogatoria,* R.D.P., 1959, p. 102; LACRUZ BERDEJO: *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria,* A.D.C., 1950, p. 1.100; RUBINO: *La responsabilità patrimoniale,* Turín, 1949; TAPIA FERNÁNDEZ: *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer),* Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

18. LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES

1. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE CONDICION DE TODOS LOS ACREEDORES

El patrimonio del deudor constituye el soporte de sus obligaciones, sobre él se hace efectiva su responsabilidad. Es, pues, la garantía común de todos los acreedores y el común objeto del poder de agresión por parte de ellos para la satisfacción forzosa de sus créditos. Dice el artículo 1.911 que «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

Partiendo de estas premisas se llega a la conclusión de que todos los acreedores son, por regla general, de igual condición *(par conditio creditorum)* frente al patrimonio del deudor, por lo que si tal patrimonio es insuficiente no puede admitirse que los acreedores más despiertos, más veloces o más diligentes cobren por entero en perjuicio de los demás. El principio de la *par conditio creditorum* impone entonces el sacrificio de todos para evitar que unos cobren y otros no, con excepción de los créditos que gozan de un privilegio para su cobro frente a los demás, de los que nos ocuparemos en este capítulo.

La insuficiencia patrimonial justifica, reuniendo determinadas características, la iniciación de un procedimiento especial de ejecución colectiva, que es concurso de acreedores para los no comerciantes y quiebra para los comerciantes, con trascendencia para la situación personal del deudor y para su patrimonio, que se coloca bajo administración de terceros y se somete a liquidación para pago de los créditos que contra él pesan.

II. EL BENEFICIO DE QUITA Y ESPERA

A) PRESUPUESTOS Y PROCEDIMIENTO PARA OBTENERLO

El artículo 1.912 C. c. faculta al deudor para solicitar *judicialmente* de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es el llamado beneficio de quita y espera, que se logra mediante un procedimiento judicial regulado en dicha Ley. Su resultado es vinculante para todos los acreedores del deudor. No se trata, pues, de convenios particulares entre éste y sus acreedores en forma individualizada.

El deudor que acuda al procedimiento ha de ser no comerciante (art. 1.130 L. E. C.). Por otra parte, ha de ser un deudor que no se halle colocado en las circunstancias previstas legalmente en el artículo 1.913 C. c., porque le obli-

gan a solicitar el concurso de acreedores. Así pues, un deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, no puede pretender la quita y/o espera. Cuestión completamente distinta es si dentro del proceso concursal cabe que el deudor convenga con sus acreedores una quita y/o espera, a lo que se ha de responder afirmativamente (*vid.* art. 1.303 L. E. C.).

La solicitud del beneficio ante la autoridad judicial no altera la situación jurídica del deudor: conserva el pleno goce de sus derechos civiles con la administración de sus bienes (RIVES Y MARTÍ).

Una vez presentada por el deudor la solicitud, el juez convoca a todos los acreedores relacionados por el deudor para que celebren Junta que delibere sobre la propuesta del deudor. En esa Junta el deudor puede modificar su proposición a la vista del resultado del debate (art. 1.139-4.ª L. E. C.), y para que pueda celebrarse se necesita que el número de acreedores concurrentes, por sí o representados, reúnan por lo menos las tres quintas partes del pasivo (art. 1.138 L. E. C.).

La proposición del deudor, para ser aprobada, necesita obtener las dos terceras partes de votos de los acreedores que tomen parte en la votación, y que los créditos de los que formen esa mayoría importen, cuando menos, las tres quintas partes del pasivo (art. 1.139-6.ª L. E. C.). El acuerdo favorable es el único que puede ser impugnado, no el denegatorio, si se dan cualquiera de las causas que marca taxativamente el artículo 1.149 L. E. C.

B) El convenio: efectos e impugnación

El convenio es obligatorio, según el artículo 1.917 C. c., para todos los concurrentes y para los que, citados y notificados en forma, no hubieren protestado en tiempo. No lo es para los acreedores privilegiados de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924, siempre que hubiesen usado debidamente de su derecho de abstención, que se les reconoce por la Ley precisamente por su cualidad de privilegiados. Pero el artículo 1.917 no dice cuándo tales acreedores no han hecho uso del derecho de abstención. Ateniéndonos al artículo 1.140 L. E. C., usan debidamente de él si se abstuvieren de acudir a la Junta o si, concurriendo, no toman parte en la votación.

La protesta a la que se refiere el artículo 1.917 C.c. es la impugnación del convenio. La protesta es sólo un requisito previo, que hay que realizar en el mismo acto de la notificación, o por comparecencia (en el Juzgado) dentro de los tres días siguientes. La impugnación requiere necesariamente haber realizado la previa protesta (art. 1.146 L. E. C.).

Tampoco es vinculante el convenio para los acreedores que residan en el extranjero o en Ultramar, si no hubieren concurrido a la Junta (art. 1.148 L. E. C.)

La notificación del convenio se hace judicialmente a instancias del deudor a los acreedores que no hubiesen sido citados personalmente para la Junta. Han de serlo los relacionados por el deudor al presentar la solicitud con que se inicia el procedimiento, que residan en la Península, y los que residan fuera, a instancias solamente del deudor (arts. 1.131, 1.132 y 1.145 L. E. C.).

Dentro de los no citados personalmente para la Junta, hay que distinguir los acreedores que residan en Baleares, Canarias y posesiones españolas en Africa y los que residan en el extranjero o Ultramar. A los primeros hay que notificarles judicialmente el convenio a instancias del deudor (art. 1.145).

Para los acreedores concurrentes a la Junta que hubieran disentido y protestado del voto de la mayoría, y para los citados, personalmente que no concurrieron, el convenio es obligatorio si no lo impugnan en tiempo y forma por las causas previstas en el artículo 1.149 L. E. C., o si, impugnándolo, no triunfan en su oposición (art. 1.144 L. E. C.).

III. EL CONCURSO DE ACREEDORES

A) Naturaleza y presupuestos: concursos voluntarios y necesarios

Es un procedimiento de ejecución colectiva contra el patrimonio del deudor, con reflejos en su situación personal y patrimonial.

Dice el artículo 1.913 que el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo *y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes,* deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente una vez que aquella situación le fuere concedida. Alude aquí el Código civil a lo que el artículo 1.156 L. E. C. llama concurso voluntario, es decir, cuando lo promueve el mismo deudor cediendo sus bienes a los acreedores (para someterlos a un régimen especial de administración y liquidación a fin de que se satisfagan). Pero es un deber de carácter público, aunque su incumplimiento no se sanciona más que cuando su pasivo es tres veces superior al activo (art. 523.5.° C.p.).

El procedimiento concursal se puede abrir también a iniciativa de los acreedores o de cualquiera de ellos, siendo entonces, con arreglo al precitado artículo 1.156, un concurso necesario. Tal concurso exige que se acrediten los siguientes extremos: que existan dos o más ejecuciones pendientes contra un mismo deudor, y que no se han encontrado en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad, conocidamente bastantes a cubrir la cantidad que reclame (art. 1.158 L. E. C.).

También ha de anotarse otra situación: la del deudor que incumple en todo o en parte el convenio de quita y espera. El artículo 1.919 C. c. autoriza entonces a cualquiera de los acreedores para pedir la declaración de concurso [1].

[1] El artículo 1.155 L. E. C., dice «aunque no haya ninguna ejecución pendiente contra el mismo (deudor)». Pero esta circunstancia no se recoge en el artículo 1.919 del Código civil, que es ley posterior a la L. E. C.

B) Efectos de la declaración judicial de concurso

La declaración judicial de concurso produce el siguiente efecto, prevenido en el artículo 1.914 C. c.: incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda. Es, además, privado de todo poder dispositivo sobre sus bienes, pues se encuentran afectos ya a la satisfacción forzosa de sus acreedores, formando la masa concursal, y de ese destino no pueden ser sustraídos (S. de 19 de junio de 1912).

Los poderes de administración y disposición pasan al depositario, si bien estos últimos quedan limitados (cfr. art. 1.173-2.ª y art. 1.181-3.° L. E. C.). En una fase posterior del procedimiento, pasan a los síndicos, que tienen poderes de disposición amplísimos, pues han de obtener fondos para pagar a los acreedores (cfr. art. 1.218-4.°, L. E. C.).

A pesar de la incapacidad legal que la ley une a la declaración de concurso, el concursado no es una persona a la que se someta a tutela. Además, tiene la administración y dominio de los bienes que por ley son inembargables, los cuales no entran en la masa concursal (S. de 4 de mayo de 1897), y sobre los alimentos que el juez pueda señalarle dentro del concurso (arts. 1.314-1.317 L. E. C.). Procesalmente se reconoce que el concursado puede defender sus derechos personales enfrente de los del concurso y cualesquiera otros, desligados de los interesados de éste, pero no la tiene para litigar a espaldas del concurso sobre derechos que directamente interesan al mismo (S. de 28 de junio de 1898).

Por la incapacidad que pesa sobre él, los actos y contratos referentes a la administración y disposición de sus bienes, afectos a la masa concursal, son radicalmente nulos, por analogía con lo que dispone la ley para el caso de la quiebra (art. 878 C. de c.). La sentencia de 7 de marzo de 1931 dice que ello era «consecuencia lógica y legal de su inhabilitación».

La falta de capacidad del concursado la recupera cuando es rehabilitado terminado el concurso, si de la calificación de éste no resulta causa que lo impidiere (art. 1.914, p. 2.°, C. c.). Alude aquí el Código civil a la normativa de la L. E. C. sobre el concurso de acreedores, en el que hay una pieza de calificación del mismo a fin de determinar si existe causa para proceder contra el concursado en la vía criminal por su conducta, que le ha llevado a la situación de insolvencia (arts. 1.295 a 1.302 L. E. C.).

La declaración de concurso provoca también los siguientes efectos:

1.° Vencen todas las deudas a plazo del concursado. Si llegaron a pagarse antes, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero (art. 1.915 C. c.). Pero esto no implica que dejen de tener las fechas en que se han constituido originariamente (S. de 21 de octubre de 1927).

2.° Dejan de devengar intereses todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance su respectiva garantía. Si resultare remanente después de pagado el capital, se satisfarán los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuese menor (art. 1.916 C. c.). Esta última es una regla relativa al pago de los intereses vencidos antes de la declaración del concurso.

C) Terminación. Convenios

El procedimiento concursal tiene por objeto la liquidación del patrimonio del deudor para pagar a los acreedores. Hay que reconocer previamente sus créditos y confeccionar un orden en el que han de colocarse para el cobro, lo que se lleva a través de la Junta de acreedores con intervención de los síndicos (arts. 1.249, 1.295 L. E. C.). Dentro de ese orden tienen importancia los créditos privilegiados de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 C. c.

Pero también es posible que dentro del concurso el deudor llegue a un convenio con sus acreedores. Dice el artículo 1.303 L. E. C. que «en cualquier estado del juicio de concurso, después de hecho el examen y reconocimiento de los créditos, y no antes, podrán hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimen oportunos». Por la amplitud con la que se pronuncia la Ley cabe que se convenga una quita y espera, o cualquiera de estas dos cosas, o una cesión de bienes a los acreedores para que los administren y enajenen, cobrándose del importe obtenido, o una combinación de estos tres negocios jurídicos, etc.

El convenio obliga en los mismos términos que hemos visto antes al tratar del de quita y espera (cfr. art. 1.917 C. c.)[2].

Si el deudor cumpliere el convenio quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo o en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la continuación del concurso (art. 1.910 C. c.). Así pues, y a diferencia de lo que se preceptúa en el artículo 906 C. de c. para la quiebra, no se obliga a pedir la rescisión del convenio por incumplimiento. Directamente puede solicitarse la continuación del concurso (aunque la masa se verá incrementada con los nuevos acreedores del deudor, pues su incapacidad para administrar y disponer desapareció en el ínterin).

Por último, preceptúa el artículo 1.920 C. c. que «no mediando pacto expreso en contrario entre el deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada». Con este artículo el Código civil quiere significar que los procedimientos de ejecución colectiva no suponen la derogación del artículo 1.911, salvo pacto *expreso* en contrario, que entendemos debe darse dentro del convenio. El legislador no puede haber

[2] El artículo 1.312 L. E. C. se remite a la normativa sobre el convenio de quita y espera en cuanto al procedimiento, con algunas modificaciones.

aludido a los pactos particulares entre el deudor y cualquiera de los acreedores porque el precepto sería inútil, dado el imperio del principio de la autonomía de voluntad.

IV. LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS

a) *Significado.*—El principio de la *par conditio creditorum* es derogado por el legislador en beneficio de los acreedores dotados de un privilegio, que es la cualidad que acompaña a un crédito para ser pagado con preferencia a otro. Son créditos a los que se quiere proteger por razones de política legislativa. El artículo 1.921 C. c. dice que «los créditos se calificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen».

Ahora bien, esa graduación no sólo se hace en los procedimientos colectivos de ejecución, sino también fuera de ellos, en los procesos de ejecución contra bienes singulares de un mismo deudor mediante el procedimiento de las tercerías de mejor derecho, regulado en la L. E. C. En esas tercerías fuera de toda ejecución colectiva, como es el concurso de acreedores, hay dos o más ejecuciones simultáneas *contra un mismo deudor y sobre unos mismos bienes,* y se hace necesario determinar qué acreedor es preferido para el pago (S. de 21 de febrero de 1975).

b) *Clases y naturaleza jurídica.*—El privilegio puede ser *especial* o *general.* Es especial cuando recae sobre bienes determinados. En general cuando recae sobre todos los bienes del deudor *no afectos a uno especial.*

Cuestión largamente debatida en la doctrina francesa e italiana ha sido la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del privilegio. Creemos que fuera de los casos en que la preferencia para el cobro deriva de un derecho de garantía propio y específico (prenda o hipoteca), en los demás no estamos más que en presencia de una simple cualidad del crédito, que otorga al titular la facultad de exigir que sea satisfecho su interés con preferencia al de otros acreedores.

c) *Caracteres.*—Los privilegios tienen los siguientes caracteres:

1.° Su creación es exclusivamente obra de la ley, que los determina además taxativamente.

2.° Son de estricta interpretación. Sin embargo, el que una norma, en este caso el conjunto de artículos dedicados a los créditos preferentes, suponga la derogación de otra general (la *par conditio creditorum)* con la creación de un régimen especial, no debe llevar al intérprete a resolver las dudas del texto legal en el sentido de no aplicación de este régimen y en el de no salirse de los términos literales. Es la finalidad de la norma, de cualquier norma, la que debe presidir su interpretación ante todo, con ayuda de los antecedentes históricos y legislativos, tan importantes en materia de privilegios, y de los demás medios de interpretación.

Aquí podríamos recurrir a la doctrina jurisprudencial tan reiterada de que «no es rigurosamente exacto que las normas de Derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva ni rechacen siquiera en absoluto el empleo del procedimiento analógico» (Ss. de 7 de noviembre de 1940, 27 de junio de 1941, 28 de septiembre de 1968 y 24 de enero de 1970).

3.° Son accesorios de un crédito, de tal manera que si no se transmite éste no puede cambiar el titular del privilegio (art. 1.528). Pero ello no es obstáculo para que el acreedor pueda renunciar a él, beneficiando a otros acreedores a quienes perjudica su existencia.

4.° Son indivisibles. La división del crédito privilegiado sobre un bien mueble (privilegio *especial)* no hace divisible el privilegio. Cada uno de los acreedores tendrá derecho a su satisfacción sobre la totalidad del precio de la cosa afectada. Lo mismo ocurrirá cuando es ésta la que se divide.

La cuestión de la indivisibilidad carece de trascendencia en los privilegios generales, pues recaen sobre la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del deudor no afectos a un privilegio especial. Si éste afecta a un bien inmueble determinado, dado que es facultad que está inmersa en el contenido de una garantía (hipoteca, anotación preventiva), la indivisibilidad deviene de la de esa garantía, salvo en el del núm. 5.° del artículo 1.923, para el que, sin embargo, cabe extender la doctrina expuesta respecto al privilegio mobiliario especial.

d) *Extensión.*—El principal del crédito está amparado por el privilegio. ¿Pero y los intereses y costas?

Creemos que los intereses, como accesorios de un crédito, deben estar protegidos por él.

También opinamos que las costas del procedimiento para hacer efectivo el crédito contra el deudor lo deben estar igualmente. Ya dijo CHIOVENDA que los gastos judiciales representan el necesario complemento del crédito, sin los cuales la restauración judicial del derecho sustancial vulnerado sería incompleta[3].

e) *Extinción.*—Son causas de extinción del privilegio:

1.° Renuncia. Como ventaja que supone, el privilegio puede ser renunciado.

2.° Pérdida o transformación de la cosa. En los privilegios especiales, la

[3] Sin embargo, el Código civil sólo reconoce a los «gastos de justicia» un privilegio general cuando se hacen en interés común de los acreedores (art. 1.924-2.° A), pensando en juicios universales. Pero a este argumento cabe precisamente oponer que el legislador ha hecho una clasificación de los créditos para su pago teniendo en cuenta una ejecución colectiva sobre el patrimonio del deudor. Desde el momento en que tal clasificación sirve para los juicios de tercería de mejor derecho, en que se está ante una ejecución aislada, la norma no debe interpretarse en el sentido de que excluye todo privilegio en «gastos de justicia» fuera del procedimiento concursal.

pérdida de cosa especialmente afectada, a la que se puede equiparar la expropiación, los extingue. Sin embargo, si ha dado lugar a una indemnización, sobre ella recaerá el privilegio (art. 40 Ley del Contrato de Seguro).

Si el privilegio especial recae sobre cosa mueble, la transformación puede afectar sólo a la calificación jurídica de la misma. Es el caso del establecimiento de la unidad pertenencial (los llamados «inmuebles por destino») después del nacimiento del crédito privilegiado. Creemos que ello no será obstáculo para el ejercicio del privilegio, pues en la pertenencia no se destruye la sustantividad física de la cosa mueble.

Aquel privilegio desaparece, en cambio, cuando se incorpora a un inmueble del que no se puede separar sin quebranto de la materia ni deterioro del objeto (art. 334-3.°), pues aquí hay una transformación en cosa inmueble. Lo mismo sucederá con la simple transformación material de la cosa mueble, pues el privilegio pierde su objeto específico. El criterio para saber cuándo existe la nueva cosa con la extinción correlativa del privilegio lo podemos obtener, por analogía, del artículo 869-1.°.

Si el privilegio especial recae sobre un inmueble, no hay más que aplicar la teoría de la extinción de la hipoteca por transformación del objeto, dado que esos privilegios que recoge el artículo 1.923 son hipotecas o figuras muy afines (anotaciones de embargo). Sólo para el privilegio del núm. 5.° cabe plantear el problema, que tendría las mismas soluciones anteriores, es decir, si la cosa inmueble viene convertida en mueble (p. ej., el edificio que se ha construido es objeto de demolición, obteniéndose materiales resultantes), o la cosa inmueble se transforma en los términos del artículo 869-1.°, el privilegio desaparecería.

3.° Falta del ejercicio del privilegio en el plazo marcado por la ley. En determinados casos el crédito con privilegio especial ha de actuarse dentro del plazo que la ley establece para que el privilegio no se extinga, lo cual no es lógico, pues mientras no se dé una colisión entre acreedores, que es lo que el privilegio dirime, debe subsistir.

A) Privilegios especiales mobiliarios

Están enumerados en el artículo 1.922 C. c., y son los siguientes créditos los que gozan de él:

1.° Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

El requisito de que la cosa mueble afectada esté en poder del deudor es común para el ejercicio del privilegio en todos los créditos enumerados en este apartado. Pero también puede estar en poder del acreedor. Piénsese en el derecho de retención del artífice del artículo 1.600. Estimar que no hay privilegio

entonces porque la cosa no está en poder del deudor es un resultado injusto a todas luces.

2.° Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance la garantía.

Habrá que tener en cuenta también para la actuación de la preferencia lo dispuesto en el artículo 1.865, a cuyo tenor la prenda es eficaz contra tercero cuando la certeza de su fecha conste por documento público. Igualmente ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1.863, que permite la constitución de la prenda depositándola en poder de un tercero.

La Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 otorga al acreedor con estas garantías la misma preferencia que al acreedor prendario (art. 10). Por otra parte, la Ley de venta de bienes muebles a plazos de 17 de julio de 1965 concede al vendedor de bienes muebles corporales que el Gobierno determine, y siempre que el contrato se adecúe a los preceptos legales y se inscriba en el Registro de ventas a plazos, una preferencia igual a la del acreedor prendario (art. 19).

3.° Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

En realidad, se trata de una prenda la garantía en cuestión, a la que impropiamente se denomina fianza. La fianza es una garantía personal (art. 1.822).

4.° Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio de los mismos, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

El privilegio subsiste durante treinta días después de la entrega, pero ello quiere decir que en ese tiempo el acreedor debe ejercitar la acción para el cobro, no que se haya cobrado. De lo contrario, el privilegio sería ilusorio, pues es imposible que en tal espacio de tiempo el acreedor vea judicialmente satisfechos sus derechos de forma definitiva.

5.° Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

Sólo se privilegian los créditos por hospedaje, no los que ocasionalmente puede haber contraído el establecimiento con el huésped (p. ej., no se privilegia el crédito que nace de un préstamo que se le hace porque en ese momento carece de efectivo).

6.° Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron[4].

El privilegio se ejerce sobre la cosecha, sin que el Código civil distinga entre los estados en que los frutos se encuentren (pendientes o separados). Es

[4] El artículo 113.1 de la Ley de Arrendamiento Rústicos de 31 de diciembre de 1980 otorga al que cede en aparcería una finca rústica este privilegio, en cuanto a los anticipos que haga al aparcero para que éste realice las aportaciones que le corresponden según el contrato de aparcería.

claro que en cualquier caso deben estar manifiestos o nacidos, por disposición general del artículo 357.

7.° Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

El privilegio se establece en favor del arrendador tanto de fincas rústicas como urbanas, y recae sobre los bienes propiedad del arrendatario, pues el acreedor no puede ejecutar más que los que pertenezcan a su patrimonio, no al de otra persona. Pero hay que excluir los bienes inembargables, porque sobre ellos no cabe ejecución.

El segundo párrafo del núm. 7.° del artículo 1.922 establece que «si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieran sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción». Debe entenderse por tal el que sean sacados de la finca sin consentimiento del arrendador (GARCÍA GOYENA). Por otra parte, hay que anotar que esta facultad es exclusiva del arrendador, y no aplicable a los demás privilegios especiales mobiliarios, como lo demuestran los antecedentes legislativos (Proyecto de 1851), que recogen los históricos, que circunscribían al privilegio del arrendador la facultad de reclamación. Lo mismo ocurre en el Derecho francés e italiano (bajo la vigencia del Código civil de 1865), de tanta influencia en nuestros privilegios.

B) PRIVILEGIOS ESPECIALES INMOBILIARIOS

Están señalados en el artículo 1.923 C. c., el cual preceptúa que con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.° Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que gravitan sobre ellos.

En realidad, la preferencia del Estado deriva de una hipoteca legal y tácita que tiene sobre esos bienes por razón de aquellos créditos.

La regulación de este privilegio desborda por completo el Código civil, y se hace en la Ley General Tributaria junto con otras preferencias que tienen los créditos fiscales.

2.° Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios de los seguros de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren repartido. El Código civil no hace más que recoger la hipoteca legal que en favor de los mismos reconocía la Ley Hipotecaria de 1869, que es sustancialmente igual en la vigente (arts. 168-7.°, 195-197 L.H.).

Es una preferencia que ha perdido toda su razón de ser, pues los asegura-

dores ya están suficientemente protegidos en sus derechos mediante cláusulas de los contratos.

3.° Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

En lo que atañe al acreedor hipotecario, su preferencia deriva de la propia naturaleza del derecho real de hipoteca.

Abundantes problemas suscita la anotación preventiva de crédito refaccionario. En primer lugar, ¿qué acreedor es el privilegiado? Etimológicamente refacción significa reconstrucción o reparación de alguna cosa, pero los antecedentes históricos y legislativos, y la misma legislación hipotecaria de donde se toma el precepto, protegen al acreedor que haya dado suma de dinero para la refacción (cfr. art. 59 L. H.), y no la circunscriben tampoco a aquellas tareas, por lo que puede abarcar también la simple construcción (cfr. art. 60 L. H.). No se ve razón para privilegiar solamente a quien presta y no al contratista, por ejemplo, que va pagando el trabajo y los materiales para después cobrarlo al dueño de la obra; también ostenta un crédito él[5]. Por tanto, la anotación preventiva del crédito refaccionario puede decirse que comprende todo crédito nacido o por nacer (v. gr., un contrato de obra que se ha de ejecutar) de la construcción, reparación o conservación de un bien inmueble, comprendiendo al que presta dinero para estas finalidades[6].

La anotación preventiva de crédito refaccionario sólo puede obtenerse mientras duran las obras objeto de la refacción (art. 42.8.°, L. H.). Otorga al acreedor todos los efectos de la hipoteca (art. 59, p. 2.°, L. H.).

La anotación caduca a los sesenta días de concluida la obra (art. 92 L. H.). Al expirar ese plazo, si el acreedor no está satisfecho por no haber vencido todavía el crédito, puede convertir la anotación en hipoteca. Si, por el contrario, estuviese el plazo vencido, puede prorrogarlo mediante aquella conversión o exigir el pago, desde luego, para lo cual surtirá la anotación preventiva todos los efectos de la hipoteca (art. 93 L. H.).

4.° Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

La anotación de embargo es la que más dificultades presenta en la práctica. Su objeto es la constatación pública de la afección de un bien a un proceso de ejecución, afección que habrá de sufrir el adquirente del ejecutado si trans-

---

[5] Esta concepción amplia es la que acoge la jurisprudencia (Ss. de 30 de diciembre de 1869, 26 de marzo de 1976 y 21 de mayo de 1987), y la Dirección General de los Registros y del Notariado (Rs. de 19 de febrero de 1896, 11 de abril de 1876 y 9 de junio de 1911).

[6] La Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 permite al arrendatario mejorar la finca. El artículo 64 le da, respecto de las cantidades que por este motivo haya de pagarle el arrendador, la cualidad de acreedor refaccionario.

mite el bien afectado con posterioridad a la anotación. En cuanto a las adquisiciones anteriores, pero no inscritas, una reiterada jurisprudencia afirma que están inmunes a los efectos del embargo, dado que el bien no pertenece ya al dominio del ejecutado.

La preferencia para el cobro sobre el inmueble objeto de la anotación la tiene el anotante frente a créditos posteriores. La jurisprudencia ha precisado de forma continua que es efectiva contra los acreedores que lo sean con posterioridad a la anotación, pero no frente a créditos anteriores a la misma, hayan sido éstos inscritos o no (Ss. de 10 de marzo de 1973, 21 de febrero de 1975 y 8 de abril de 1976, entre otras).

5.° Los refaccionarios, no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los números anteriores.

Estos créditos están singularmente privilegiados, pero no representan ninguna carga o hipoteca tácita sobre el inmueble, figura abolida desde la Ley Hipotecaria de 1861, excepto los números 1.° y 2.° del propio artículo 1.923. Por ello, creemos que el privilegio se extinguirá en cuanto el bien salga del patrimonio del deudor.

C) PRIVILEGIOS GENERALES

Son los que recaen sobre los restantes bienes muebles e inmuebles del deudor no afectos al privilegio especial, tienen este carácter, según el artículo 1.924 C. c., los siguientes:

1.° Los créditos a favor de la Provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1.°. En realidad, el ámbito y extensión de este privilegio no está ya en el Código civil sino en las leyes tributarias, que lo configuran de una manera totalmente distinta.

2.° Los devengados:

A) Por gastos de justicia y administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación.

Este último requisito lo reúnen los gastos por actuaciones a las que obligue la Ley (p. ej., los que ocasiona el embargo y ocupación de los bienes del concursado, o la acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado: arts. 1.173 y 1.174 L. E. C.).

En realidad, en pocas ocasiones será preciso acudir al privilegio que exponemos. Los gastos de justicia y administración son deudas de la masa concursal y se van pagando con fondos de la misma (cfr. art. 1.230 L. E. C.).

B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

Este privilegio puede recaer sobre otro patrimonio distinto del propio del difunto (v. gr., los herederos que han aceptado la herencia pura y simplemente, respondiendo entonces con sus bienes propios y heredados; el del que tenga obligación de pagar esos gastos por imperativo del artículo 1.894 C. c.).

C) Por gastos de última enfermedad de la misma persona, causados en el último año, contados hasta el día del fallecimiento.

Ultima enfermedad es la que termina con la muerte del deudor, y al igual que en el caso anterior, el patrimonio afectado por el privilegio puede ser el de los herederos, o el de las personas que estaban prestando alimentos al difunto por obligación legal.

La enfermedad no ha de ser larga o crónica, como parece dar a entender el dilatado plazo en que se hacen los gastos. Cualquier accidente que necesite cuidados y que acabe con la vida es susceptible de generar el privilegio. No hay razón para distinguir un caso y otro.

D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondiente al último año.

Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores (Ley de 10 de marzo de 1980) ha ampliado notablemente el privilegio del trabajador en el artículo 32, lo que a nuestro juicio ello supone una derogación del privilegio general del Código civil.

E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.

Este último inciso quiere decir que los créditos por cuotas de seguros sociales pueden ser más privilegiados si se ha constituido hipoteca en garantía del pago de las mismas, o se hubieren anotado en el Registro tales créditos en virtud de mandamiento judicial por embargo o ejecución de sentencias.

F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestidos o calzado, en el mismo período de tiempo.

Por familia constituida bajo su autoridad debe entenderse las personas que por razón del parentesco viven con el deudor, incluyendo seguramente el Código, por el ambiente de la época, el servicio doméstico. Pero no puede obligarse al acreedor a que pruebe que estas personas han de ser alimentadas por el deudor o están de hecho a su cargo. Frente a aquél bastará con los requisitos de convivencia y parentesco.

G) Por pensiones alimenticias, durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

El supuesto de hecho de la norma se encuentra en la circunstancia de que el deudor común sea también deudor de alimentos por título distinto de la mera liberalidad. Pero es contradictoria con el artículo 152-2.° C. c. Si el deudor tiene un pasivo mayor que el activo y por eso cae en concurso, es claro que ha llegado a la situación descrita en él, y se extingue su obligación, lo mismo

que cuando es él mismo el que necesita ser alimentado durante el juicio de concurso (arts. 1.314 y siguientes L. E. C.).

3.° Los créditos que sin privilegio especial consten:

A) En escritura pública [7].

B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio [8].

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

D) LA COLISIÓN ENTRE PRIVILEGIOS

Limitándonos al Código civil, pueden establecerse los siguientes principios:

1.° Un privilegio general no puede recaer sobre un bien mueble o inmueble afecto a un privilegio especial (cfr. art. 1.924, principio). En cambio, es posible que un privilegio especial se convierta o en un crédito común o en uno dotado con privilegio general, según su naturaleza, por la cantidad no satisfecha con el bien afectado o cuando hubiese prescrito el derecho de preferencia (art. 1.928 p. 2.°) [9].

2.° Los créditos dotados con privilegios especiales mobiliarios excluyen a los demás, y entre sí se gradúa la preferencia y la satisfacción cuando concurren sobre un mismo bien por las reglas del artículo 1.926 (véase).

3.° La solución es la misma que en el supuesto anterior para la colisión entre privilegios especiales inmobiliarios, fijando el artículo 1.927 las reglas para resolver la colisión entre ellos (véase). Sobre tales reglas interesa tener en cuenta que la interpretación jurisprudencial, respecto a la preferencia de los créditos con anotación de embargo, hace predominar el artículo 1.923-4.°, sobre el artículo 1.927-2.ª («entre sí por orden de antigüedad»), es decir, tienen preferencia frente a créditos posteriores a la anotación, hayan sido anotados o no, pero no frente a los anteriores en ningún caso, aunque hayan sido objeto de una anotación de embargo posterior a aquélla.

4.° Una vez satisfechos los créditos privilegiados especialmente, los demás (entre los que se comprenden los créditos dotados de privilegio general) se gradúan y se satisfacen como ordena el artículo 1.929, es decir:

a) Por el orden establecido en el artículo 1.924.

b) Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata [10].

c) Los créditos comunes, que son todos los no dotados de privilegio especial o general (art. 1.925), sin consideración a sus fechas.

No dice el legislador cómo habrá de procederse si concurren dos créditos dotados con el mismo privilegio. De la regulación legal se extrae el principio de la satisfacción a prorrata.

En cuanto a los créditos comunes, se aplica en todo su vigor el principio de la *par conditio creditorum,* sin consideración alguna a sus fechas. La satisfacción a prorrata se impondrá.

Hasta aquí las cuestiones relativas a la colisión de privilegios en el Código civil. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el cuadro expuesto se ve completamente alterado por leyes fiscales, civiles o laborales promulgadas con posterioridad, que establecen distintas y variadas normas de colisión. A estos efectos conviene tener en cuenta no sólo la Ley General Tributaria y otras disposiciones fiscales atinentes a los impuestos y tributos de las Comunidades Autónomas y Haciendas Locales, sino también: La Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 1954; la Ley de propiedad horizontal de 1960 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

[7] A la escritura pública se equiparan en la jurisprudencia:

1.° Los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado o Agente de Cambio, en base al artículo 93 C. de c. (Ss. de 15 de diciembre de 1956 y 3 de noviembre de 1971).

2.° Las letras de cambio intervenidas por aquellos fedatarios (S. de 10 de marzo de 1973).

3.° Los documentos privados reconocidos judicialmente (Ss. de 8 de abril de 1976 y 27 de enero de 1958). No se equipara, sin embargo, a la escritura pública; el documento privado presentado a liquidación ante Hacienda, lo que le dota de fecha auténtica (S. de 24 de febrero de 1936); el acta notarial en la que se reclama el pago de una deuda; los reconocimientos unilaterales de deuda (Ss. de 16 de abril de 1955 y 17 de junio de 1958); el acta notarial de protesto de una letra de cambio (S. de 29 de abril de 1988).

[8] La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las sentencias de remate están comprendidas en los términos del precepto (Ss. de 21 de septiembre de 1984, 21 de noviembre de 1917, 27 de enero de 1958 y 3 de noviembre de 1971), lo mismo que la sentencia recaída tras el allanamiento del demandado (S. de 29 de abril de 1911).

[9] Así, por ejemplo, el acreedor prendario que ejecutando la prenda no cobra más que la mitad. El resto será un crédito con privilegio general por constar en escritura pública.

[10] V. gr., colisión entre dos créditos que constan en escritura pública y en sentencia firme, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

DE ANGEL YÁGÜEZ: *En torno al privilegio del crédito quirografario,* A. D. C., 1972, p. 1.153; *Consideraciones en torno a la llamada «prescripción» de los privilegios de los créditos salariales y a la prioridad sobre dichos créditos de los de otra naturaleza anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad,* La Ley, 1986, p. 1.157; DE ANGEL YÁGÜEZ y ZORRILLA RUIZ: *El privilegio de los llamados créditos salariales,* A. D. C., 1984, 513; GULLÓN BALLESTEROS: *El crédito privilegiado en el Código civil,* A.D.C., 1958, p. 435; *La prelación de créditos en el Código civil,* Barcelona, 1962; Arts. 1.911-1.929, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 24, Madrid, 1984; RÍOS SALMERÓN: *Los privilegios del crédito salarial,* Madrid, 1984.

19. LA MODIFICACION Y EXTINCION DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

I. LAS MODIFICACIONES DE LA RELACION OBLIGATORIA

Hay un cambio de una relación obligatoria cuando se produce en su desenvolvimiento o desarrollo una alteración en sus elementos estructurales (sujeto, objeto, circunstancias), en su contenido o en su función (vid. art. 1.768).

Es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pero la cuestión se centra en precisar qué supone el cambio, en otras palabras, si toda alteración de una relación obligatoria implica la creación de una nueva que sustituya a la anterior, o es posible admitir la supervivencia de esta última aunque con la modificación introducida.

La solución del problema está íntimamente vinculada a la doctrina de la novación.

II. LA NOVACION EN EL CODIGO CIVIL

A) Novación modificativa y novación extintiva. El *animus novandi* y el artículo 1.204

El artículo 1.156 considera la novación como causa de extinción de la relación obligatoria. Además, en los artículos 1.203 a 1.213 la regula, incardinando estos preceptos dentro del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones. Parece así como si se aceptase la definición clásica de la novación: extinción de una obligación mediante la creación de una nueva destinada a reemplazarla. Como dice Cossío, la extinción de la obligación primitiva no es sólo el efecto, sino la causa de la nueva, llamada a sustituirla, hasta el extremo de que nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente.

Sin embargo, el artículo 1.203, con el que se abre la normativa de la novación, dice: «Las obligaciones *pueden modificarse:* 1.° Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.° Sustituyendo a la persona del deudor. 3.° Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor». Así pues, cualquiera de estas alteraciones subjetivas u objetivas de la relación obligatoria no producen *prima facie* más que una modificación de la misma, y con base en el artículo 1.203 la jurisprudencia, siguiendo el parecer mayoritario de nuestra doctrina, ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa al lado de la extintiva (Ss. de 11 de julio de 1985 y 26 de mayo de 1988, entre otras). Encuentra también otro punto de apoyo para su criterio en la redacción del artículo 1.207, porque da a entender, según el Tribunal Supremo, que el Código civil conoce otra novación además de la novación extintiva, ya que entonces sobraría el «cuando» con que comienza el precepto, adverbio que indica la existencia de otra que no produce aquel efecto extintivo (Ss. de 29 de abril de 1947, 21 de abril de 1951 y 20 de diciembre de 1960).

En realidad, el artículo 1.203 no puede interpretarse como una enumeración de los supuestos en que una obligación se modifica, pues son más de los que en él se prevén. Obsérvese, por ejemplo, que no contempla la variación de estipulaciones accidentales de la obligación ni la cesión del crédito. Tampoco significa que la autonomía de la voluntad de las partes sólo pueda modificar la obligación dentro del marco del precepto. ¿Por qué no van a poder modificar estipulaciones accesorias, si se les permite operar sobre las principales?

De ahí que el sentido que hay que dar al artículo 1.203 debe ser el siguiente: aunque se hayan dado cualquiera de las hipótesis que recoge, no por ello se ha producido necesariamente la extinción de la obligación primitiva y el nacimiento de otra.

En efecto, en nuestro Código civil, a fin de saber cuándo existe novación extintiva, hay que acudir al artículo 1.204, que dice: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles». Por tanto, cualquier cambio en la relación obligatoria (no sólo los contenidos en el artículo 1.203) no se opera necesariamente a través del instituto de la novación extintiva, en otras palabras, no hay que extinguir la relación anterior y crear otra en su lugar. Es la autonomía de la voluntad la que decide, bien en forma expresa, bien como resultante de la total incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación.

¿Cuándo existirá esa incompatibilidad? Según la jurisprudencia (S. de 8 de octubre de 1986, exponiendo doctrina de la Sala 1.ª; con anterioridad, la de 29 de enero de 1982), siempre que se altere el objeto o condiciones principales o esenciales de la obligación [1]; lo que parece en contradicción con el artículo 1.203, puesto que en él aquellas alteraciones se califican *a priori* como modificativas simplemente, y no parece lógico que a continuación, en el artículo siguiente, se le den el rango de causas extintivas de la obligación. Por otra parte, la doctrina jurisprudencial (S. de 3 de octubre de 1985 y las que cita), atiende a la significación económica que la modificación introduce, lo que lleva al casuismo extremo, al tener que precisar en cada caso si la estipulación alterada es principal o accesoria, y con arreglo a qué criterio ha de proceder, si objetivo o derivado de la intención de las partes.

En esta línea, el Tribunal Supremo ha reiterado que la alteración del plazo para cumplir o de las formas de pago no entrañan más que modificaciones

[1] *Vid.*, Hernandez Gil, A. *(El ámbito de la novación objetiva modificativa,* R. D. P., 1961, p. 797) y Sancho Rebullida, F. *(La novación de las obligaciones,* Barcelona, 1964, pp. 204 y ss.).

de la obligación, no novación extintiva (S. de 5 de mayo de 1978 y las que cita), lo mismo que la rebaja en los tipos de interés o en su forma de pago (S. de 29 de enero de 1982), o el nuevo convenio que se establezca para facilitar el cumplimiento de la obligación precedente (S. de 16 de mayo de 1981 y las que cita).

El buen camino se trazó en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, de donde se toma el actual 1.204, pero suprimiendo el matiz importantísimo que agregaba a continuación de la frase «de todo punto incompatibles», y que era el siguiente: «por naturaleza». Se salía así de la vaguedad en la que había dejado la cuestión el artículo 1.134 del Proyecto de 1851, el cual, después de enumerar algunos casos en los que la novación era extintiva, lo cerraba diciendo «o haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar».

Por tanto, si el artículo 1.203 sirve para algo (y no se olvide que la jurisprudencia construye sobre él la novación modificativa), la alteración del objeto o condiciones principales no significarán novación extintiva por sí sola si no hay una voluntad expresa o *total* incompatibilidad, que creemos debe referirse a la reglamentación de intereses que originariamente hicieron las partes confrontada con la actual, lo que evidentemente se produce ante un cambio en la naturaleza de la obligación [2].

En la duda sobre si las partes han querido la novación modificativa o extintiva, debe inclinarse el intérprete por el efecto más débil (S. de 5 de mayo de 1978 y las que cita).

B) Efectos de la novación extintiva

A la novación extintiva se dedican dos preceptos; los artículos 1.207 y 1.208.

Según el artículo 1.207, «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechan a tercero que no hubiese prestado su consentimiento». No se trata de resolver sobre la suerte de las garantías que aseguraban la obligación primitiva, que se extinguen lógicamente como accesorios de ésta, sino consagrar la irrelevancia de la novación frente a terceros que son titulares de derechos accesorios, puesto que éstos les «aprovechan».

El artículo 1.208 señala que «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Aquí hace referencia el Código civil tanto a la obligación absolutamente nula como a la anulable, admitiendo la nulidad de la nueva obligación en el primer caso y la validez en el segundo en tanto la novación suponga una confirmación de la anulable. Si la primera obligación era anulable por falta de capacidad (en cuyo caso la acción de anulabilidad le corresponde al menor o incapacitado cuando llegue a la mayor edad o salga de la incapacidad; art. 1.301), también le será la nueva obligación.

El régimen del artículo 1.208 puede ser aplicado perfectamente al convenio de modificación de una obligación preexistente.

[2] Por ejemplo, A tiene arrendado a B un piso en un inmueble de su propiedad. Se conviene que B pase a ocupar otro mediante un contrato de venta con precio aplazado o por constituirse entre ambos un derecho real de habitación.

III. El cambio de acreedor y sus formas

Refiriéndonos a su regulación positiva en el Código civil, un cambio de acreedor en la relación obligatoria puede acontecer por la cesión o subrogación en el crédito, que son casos de novación modificativa (S. de 22 de noviembre de 1982 y las que cita).

A) Cesión de créditos

Es la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona. Normalmente, es consecuencia de un negocio jurídico en cuya virtud se ha producido ese desplazamiento patrimonial (venta, donación, cesión solutoria para pagar una deuda que tiene el acreedor con el cesionario, etc.). El error de nuestro Código en esta materia, aparte de otros que no son del caso, es regular la cesión como un apéndice de la disciplina normativa de la compraventa exclusivamente (arts. 1.526 y siguientes), siendo así que, según su causa justificativa, habrán de entrar en función las normas jurídicas relativas a ésta. Por ejemplo, si el crédito se transmite porque se dona al cesionario, los requisitos de capacidad y de forma impuestos para las donaciones; si es por compraventa, las prohibiciones para comprar del artículo 1.459, etc.

La normativa de la cesión del crédito es aplicable a la transmisión de derechos y acciones (art. 1.526. Vid la rúbrica del capítulo donde se encuadran los artículos 1.526-1.536).

Los sujetos de la cesión del crédito son el cedente y cesionario. El deudor cedido no es parte en el negocio de cesión al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca. Basta sólo el de cedente y cesionario.

El objeto de la cesión es todo crédito que sea transmisible. De conformidad con el artículo 1.112, la regla general es la cedibilidad de los créditos, excepto cuando la ley (cfr. art. 151) o las partes dispusieren lo contrario. En este último supuesto existirá una incedibilidad convencional, que será oponible por el deudor cedido al cesionario, siempre que éste la conociese, en otras palabras, que fuese de mala fe, cuya prueba corresponderá a aquel deudor.

Por otra parte, según el artículo 1.529, «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda

o privilegio», enumeración meramente ejemplificativa. Además, no de carácter imperativo. Las partes pueden excluir de la cesión alguna garantía o las prestaciones accesorias. Entonces, al ser aquéllas accesorias de un crédito de tal modo que sin el mismo no pueden existir, desaparecen. Así, por ejemplo, la no transmisión de la hipoteca extingue la misma.

La forma de la cesión vendrá determinada por la del negocio justificativo de la misma. Sin embargo, con carácter general hay que observar lo dispuesto en el artículo 1.280.6.°, si bien con sujeción previa al artículo 1.279, preceptos ya estudiados al tratar de la forma de los contratos.

a) *La cesión frente al deudor y frente a terceros.*—El artículo 1.527 dice que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de su obligación». De ello se deduce que cuando tiene ese conocimiento queda obligado con su nuevo acreedor, el cesionario.

El procedimiento normal para que el deudor tenga conocimiento de la cesión es la notificación de la misma, aunque el Código civil no la impone e incluso es admisible que renuncia a que se le practique, dado que el artículo 242 R. H. así lo autoriza respecto de la cesión de créditos hipotecarios. Pero siempre será carga del deudor el comprobar que quien le exije el crédito, por ejemplo, es verdadero titular y que al pagar lo hace válidamente. De lo contrario, no se liberará de su obligación en el verdadero acreedor.

Frente a los demás terceros, el artículo 1.526 dice que la cesión no surtirá efectos hasta que su fecha deba tenerse por cierta, «en conformidad con los artículos 1.218 y 1.227», agregando: «Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad.»

El crédito que «se refiere a un inmueble» es el crédito hipotecario, y aquí se varía el criterio: la producción de efectos para terceros arranca desde la fecha de la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad, y ello porque se protege a los que confían en los datos registrales, que publican como titular del crédito al cedente todavía. Pero para que la protección se despliegue es necesario que se cumplan los demás requisitos del artículo 34 L. H.: buena fe, adquisición a título oneroso e inscripción registral. Por tanto, quien ha adquirido el crédito hipotecario inscrito en el Registro como de un determinado acreedor, estará protegido aunque éste lo hubiese cedido con anterioridad, si el cesionario no inscribió antes.

b) *Las relaciones entre cedente y cesionario.*—El Código civil las aborda en los artículos 1.529 y 1.530, dedicados, respectivamente, a la responsabilidad por la existencia y legitimidad del crédito, y a la garantía por la solvencia del deudor cedido.

Según el artículo 1.529, el vendedor de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito *al tiempo de la venta.*

Es dudoso el significado de la garantía por la «legitimidad» del crédito. Un sector doctrinal opina que el legislador se refiere a que el crédito haya sido constituido válidamente, que sea un título legal de obligación, en otras palabras, que no adolezca de vicios que lo puedan destruir (p. ej., el título de donde nació es anulado, o es rescindido). Otros autores creen que la legitimidad así entendida se confunde con la garantía por la existencia, y concretan aquélla en que el crédito pertenezca al cedente, y que éste tenga facultades de trasmitirlo libremente. Parece más de acuerdo con el sistema la primera orientación, ya que cuando se cede un crédito ajeno el problema será el propio de un acto de disposición sobre cosa de otro (al que habrán de aplicarse las soluciones que veremos para la venta de cosa ajena), pero en rigor no se trata de un problema de existencia ni legitimidad.

La garantía por la existencia y legitimidad del crédito no es una «garantía» en sentido técnico. La concurrencia de cualquiera de estas dos circunstancias hará que el negocio de cesión sea nulo por falta de un presupuesto objetivo.

La responsabilidad del cedente cesa cuando el crédito se «haya vendido como dudoso», es decir, cuando el cesionario haya sido advertido de los riesgos que podía correr la existencia y legitimidad del crédito.

El régimen legal sobre la responsabilidad por existencia y legitimidad del crédito es adecuado cuando la cesión tiene causa onerosa, pero no cuando es gratuita. En este último caso, aplicando el principio sobre el que se basa el artículo 638, el cedente no responderá de nada ni el cesionario nada podrá pretender porque nada ha entregado, salvo seguramente si el cedente es de mala fe y a consecuencia de la cesión se le han irrogado perjuicios al cesionario distintos de los propios y específicos de la falta de realización del crédito (p. ej., el cesionario ha pagado los gastos de la escritura pública de cesión).

¿En qué se concreta la garantía del vendedor del crédito? El artículo 1.529 distingue según sea de buena o de mala fe. Si es de buena fe, en la restitución del precio recibido, gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo para la venta (que haya satisfecho, naturalmente, el adquirente). Si es de mala fe, responderá de «todos los gastos y de los daños y perjuicios». Dentro de éstos creemos que deberá incluirse la diferencia entre el precio pagado por el crédito y el nominal del crédito, pues es un beneficio que se frustra sin culpa del adquirente, y los intereses legales de aquel pago hasta el momento en que se restituye.

De la misma forma que, como en su momento estudiaremos, la ley admite y regula la supresión, disminución o agravación por pacto entre comprador y vendedor de la obligación de éste de responder del saneamiento de la cosa que vende, debe admitirse pacto entre cedente y cesionario sobre la responsabilidad que establece el artículo 1.529, aplicando por analogía los principios en que se asienta la primera regulación citada.

Hasta aquí la garantía por la existencia y legitimidad del crédito. Pero el artículo 1.529, junto con el artículo 1.530, se ocupa de la garantía por la solvencia del deudor, que es su capacidad patrimonial para pagar la deuda, estableciendo que el cedente de buena fe no es responsable de la misma más que si ha estipulado expresamente o «de que la insolvencia fuese anterior y pública», y responderá entonces en los mismos términos en que responde por la existencia y legitimidad. Pero si la insolvencia es sólo parcial, es decir, si el cesio-

nario ha cobrado algo, entendemos que debe ser reembolsado de lo que le falte hasta alcanzar el precio de la cesión.

Si el cedente es de mala fe, responderá del precio de la cesión y de todos los gastos y daños y perjuicios en los términos que vimos al estudiar la garantía por la existencia.

La garantía por la solvencia es una causa de resolución del negocio de cesión, y no una fianza por el deudor que presta el cedente al cesionario. El cesionario no podrá reclamar nada, si la insolvencia se ha producido por su negligencia en la exigencia del crédito cedido o en perseguir los bienes del deudor, pues es imputable a un acto suyo.

La duración de esta garantía se especifica en el artículo 1.530 (véase).

c) *Las excepciones del deudor contra el cesionario.*—El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales (prescripción del crédito, pago, etc.) que pudiera oponer a su primitivo acreedor. Son excepciones que están ínsitas en el mismo derecho de crédito objeto de cesión. Si el crédito derivaba de un contrato bilateral (p. ej., el vendedor cede el crédito por el precio, siguiendo él como parte del contrato), el deudor podrá oponer las excepciones que deriven del mismo frente a la reclamación del cesionario (v. gr., la del incumplimiento del cedente o cumplimiento defectuoso, etc.).

Por lo que respecta a la excepción de compensación, el artículo 1.198, p. 1.°, parte del supuesto de que el deudor ha aceptado la cesión, y determina que el deudor no puede oponer al nuevo acreedor la compensación de aquello que le correspondería contra el cedente.

Si la cesión no se ha consentido por el deudor, el párrafo 2.° del mismo precepto dice que el deudor podrá oponer al nuevo acreedor la compensación de las deudas que tuviese con anterioridad (al conocimiento o notificación de la cesión) contra el cedente, no las posteriores.

Según el párrafo 3.°, si la cesión del crédito ha sido desconocida para el deudor cedido, podrá oponer en compensación al nuevo acreedor todas las deudas que tuviera contra el cedente hasta el momento de conocer la cesión.

La compensación se estima aquí como una excepción personal (no real u objetiva), vinculada a la persona y circunstancias que concurren en el deudor, y por ello ha de consentir la cesión. Pero este requisito en modo alguno es exigido para la eficacia de la cesión del crédito, ni se exige forma determinada que haya de revestir, ni se determina un tiempo concreto en el que haya de prestarse.

Este mismo régimen lo estimamos aplicable a las otras excepciones personales que tuviera el deudor contra el cedente.

d) *Cesión «pro soluto» y cesión «pro solvendo».*—En la primera, el cedente extingue una deuda con el cesionario transmitiéndole un crédito que tiene contra tercero. La doctrina afirma que en esta cesión no hay responsabilidad más que por la existencia y legitimidad del crédito.

En la segunda, la deuda en cuestión se extinguirá cuando el crédito cedido haya sido realizado por el cesionario. En la cesión hay garantía de la solvencia del deudor cedido, puesto que la deuda del cedente con el cesionario no se extingue.

Si se duda sobre el tipo de cesión que han querido las partes, hay que inclinarse por la menos onerosa, es decir, por la *pro solvendo*.

e) *Cesión de créditos litigiosos.*—Aun cuando, por regla general, el crédito cedido debe ser un crédito existente y legítimo, se admite la cesión de un crédito litigioso. Según el párrafo 2.° del artículo 1.535, el crédito se tiene por litigioso desde el momento en que ha sido contestada la demanda relativa al mismo. ¿Puede haber riña o litigio sin oposición, ni realizarse ésta sin la contestación a la demanda? Así justificaba GARCÍA GOYENA la misma norma del Proyecto de 1.851, apartándose de la tesis que hacía litigioso el crédito desde la presentación de la demanda.

En la cesión del crédito litigioso se concede al deudor cedido la facultad de liberarse de la deuda, pagando no su importe nominal, sino el precio satisfecho por el cesionario (art. 1.535). Es llamado tradicionalmente «retracto de crédito litigioso», instrumentado para luchar contra los especuladores de créditos, que acostumbran a adquirirlos a bajo precio para lucrarse a costa del deudor.

La facultad concedida al deudor ha de ser ejercitada en el plazo perentorio de nueve días, a contar desde el momento en que el cesionario reclame el pago (art. 1.535, *in fine).*

No obstante, el artículo 1.536 excepciona una serie de supuestos de la aplicación de la norma del artículo 1.535, porque existe un interés legítimo en la adquisición del cesionario que excluye toda finalidad especulativa y merece especial protección.

El artículo 1.535 debe ser aplicable tanto al supuesto de que se ceda un crédito como un derecho o acción.

B) LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO

La subrogación supone el cambio de acreedor en la relación obligatoria. La subrogación, dice el artículo 1.212, transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros.

Si ello es así, ¿qué diferencia hay con la cesión? En realidad, la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, que se considera como bien patrimonial susceptible de tráfico jurídico. En cambio, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés del subrogado para recuperar en vía de regreso un desembolso patrimonial que ha efectuado al acreedor satisfecho (BETTI).

a) *Subrogación legal y convencional.*—La subrogación legal es la que se produce *ope legis,* al darse el supuesto de hecho contemplado por la norma [3].

[3] Según DÍEZ-PICAZO *(Fundamentos de Derecho patrimonial,* I, p. 803), las pre-

Es convencional cuando procede de un acuerdo entre el acreedor y el subrogado, acuerdo que ha de ser anterior o contemporáneo al momento en que el primero recibe del segundo la satisfacción del crédito, pues, de lo contrario, el mismo se extinguiría y no podría servir. La ley no exige la notificación de la subrogación al deudor, pero para que surta efectos frente a él le debe ser conocida.

La subrogación convencional, por imperativo del artículo 1.209, es preciso establecerla con claridad para que surta efectos.

En el ámbito de la subrogación legal coloca la doctrina usual las presunciones de subrogación que recoge el artículo 1.210 (véase).

b) *Subrogación operada por voluntad del deudor.*—A tenor del artículo 1.211, el propio deudor puede hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

c) *Los efectos de la subrogación.*—La subrogación produce una transmisión de la titularidad del crédito, que pasa del antiguo acreedor al nuevo. El artículo 1.212 dice que «la subrogación transmite al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

Si la subrogación es parcial, por producirse un pago parcial, concurren como acreedores el subrogado y el primitivo, y el artículo 1.213 reconoce preferente a este último frente al subrogado exclusivamente.

El acreedor que transmite el crédito por subrogación no es un cedente, por lo que no responderá de su existencia ni legitimidad ni de la solvencia del deudor.

IV. LA MODIFICACION DE LA RELACION OBLIGATORIA POR CAMBIO DE DEUDOR

Sabemos que el artículo 1.203.3.°, alude como un supuesto en que la obligación se modifica al cambio de la persona del deudor. Ese cambio o sustitución puede hacerse siempre que el acreedor lo consienta, según el artículo 1.205, pues para él la persona del deudor no es indiferente: sus condiciones de seriedad y moralidad, de solvencia y responsabilidad son decisivas. El cambio de la persona del deudor no supone de suyo novación extintiva, es decir, nacimiento de una nueva deuda con otro deudor, sino simplemente novación modificativa (Ss. de 30 de marzo de 1978 y 11 de diciembre de 1979). Claro está

sunciones legales de subrogación no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación legal. Se trata de puras presunciones *iuris tantum,* que operan una inversión de la carga de la prueba, de suerte que habrá de ser quien niegue la existencia de subrogación quien pruebe la falta de convenio de subrogación y la falta de la voluntad de las partes de este sentido.

que con consentimiento del acreedor puede pactarse aquella extinción y nacimiento.

A) LA ASUNCIÓN DE DEUDA

Es un negocio jurídico por el que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo. Requiere el consentimiento de ambos, naturalmente, y el del acreedor para que el deudor primitivo quede liberado.

El consentimiento del acreedor, necesario según el artículo 1.205, puede ser anterior, coetáneo o posterior al negocio de asunción, y por su forma, expreso o tácito. Su falta producirá la ineficacia del negocio no sólo frente al acreedor, sino entre ambos deudores, salvo voluntad contraria de las partes.

Frente a la asunción liberatoria existe la acumulativa, caracterizada porque no se produce el efecto liberatorio del deudor primitivo, sino que, tanto éste como el nuevo figuran obligados frente al acreedor. Su régimen debe ser el de la solidaridad pasiva o solidaridad de deudores.

Aceptada por el acreedor la asunción liberatoria, la insolvencia del nuevo deudor no autoriza a aquél para dirigirse contra el antiguo más que en los dos supuestos del artículo 1.206: que fuese anterior y pública, o conocida del deudor «al *delegar* su deuda», con lo que se alude a otro procedimiento para el cambio de deudor: la delegación. Entonces es ineficaz la liberación del antiguo deudor, y por ello el acreedor tiene acción contra él.

El régimen de las excepciones que el nuevo deudor puede oponer al acreedor no está previsto en el Código civil. Parece claro que podrá oponer aquellas que se derivan de la propia deuda asumida (v. gr., está escrita, no ha llegado el término para su vencimiento, etc.). Creemos que también podrá oponer las que se fundamenten en el propio negocio de asunción, en sus vicios (p. ej., que carece de causa o que es ilícita). La nulidad de ese negocio de asunción supondrá que el deudor primitivo no se ha liberado, la deuda no ha sido asumida.

Las garantías contraídas por terceros (p. ej. fiadores) se extinguirán si los garantes no consienten el cambio de deudor. Para ellos, la persona del deudor a quien han garantizado es tan importante como para el acreedor. Tampoco la asunción puede perjudicar, sin su consentimiento, a los acreedores del nuevo deudor. Así, la fecha de la deuda respecto a ellos será la del momento de la asunción, no la que originariamente tenía. De lo contrario, el acreedor podría anteponerse para el cobro a los créditos que aquéllos tuviesen con anterioridad.

En realidad, estos efectos indican que la asunción de deuda frente a terceros a quienes puede perjudicar funciona como si el nuevo deudor contrajese una nueva obligación.

B) LA EXPROMISIÓN

A diferencia de la asunción de deuda, en la expromisión estamos ante un convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libera al primitivo, y que no requiere ni el consentimiento ni siquiera el conocimiento de éste (art. 1.205).

Cabe también una expromisión cumulativa, si el originario deudor no queda liberado, y decidir cuándo se ha operado una u otra es cuestión de interpretación.

En la expromisión no tiene aplicación el régimen de responsabilidad del antiguo deudor, porque su liberación se produce sin su consentimiento.

C) LA DELEGACIÓN

Hay delegación —dice P. GIDE— siempre que en lugar de proporcionar a una persona directamente y por nosotros mismos un valor cualquiera, se lo proporcionamos indirectamente, dando a otra persona la orden de suministrárselo.

En todo fenómeno de delegación intervienen tres sujetos: el delegante, de quien proviene la orden o invitación de pagar o prometer una prestación; el delegado, que es quien la recibe y ejecuta, y el delegatario, que es la persona en cuyo favor el delegado asume la obligación o realiza la prestación.

En toda delegación, a la vista de estos planteamientos, puede decirse que se producen dos etapas o fases: la primera está constituida por la orden o invitación dirigida por el delegante al delegado; la segunda se produce cuando el delegado emite la declaración de voluntad por la que se obliga o hace la prestación, lo que es aceptado por el delegatario.

La delegación puede ser pasiva o de deuda y activa o de crédito. La delegación pasiva es aquella en que el delegante es deudor del delegatario, y lo que se delega es la función de deudor, que recae sobre el delegado, pudiendo ser perfecta si el delegante queda liberado, o imperfecta si delegante y delegado deben cumulativamente. La delegación activa es la que se da cuando el delegante es acreedor, y busca convertir al delegatario en nuevo acreedor del delegado.

El esquema de delegación pasiva es el siguiente: Ticio, delegante, que es deudor de Sempronio, delegatario, ordena o invita a Cayo, delegado, que se convierta en nuevo deudor. Cayo acepta la invitación y la cumple, asumiendo la deuda. A su vez, la promesa de Cayo es aceptada por Sempronio, quien libera a Ticio o adquiere un crédito cumulativo contra ambos deudores.

El esquema de la delegación activa es, en cambio, el siguiente: el delegante, Ticio, es acreedor del delegado, Cayo, y le invita o le ordena que el delegatario, Sempronio, sea su nuevo acreedor. Cuando Cayo acepta y ejecuta la delegación, Sempronio será nuevo acreedor de Cayo, quedando desligado de la relación Ticio, o siendo acreedores ambos conjuntamente.

La delegación pasiva o de deuda está reconocida implícitamente en el artículo 1.206. La delegación activa puede encontarse en el artículo 1.203-3.°, cuando habla de que la obligación se modifica «subrogando a un tercero en los derechos del acreedor», como figura distinta de la cesión del crédito y de la subrogación en el mismo a través de los convenios de subrogación permitidos en el artículo 1.209.

A la delegación pasiva perfecta se le aplican las reglas de la responsabilidad por insolvencia del nuevo deudor del artículo 1.206 y la de la extinción de las garantías contraídas por tercero que vimos al analizar la asunción de deuda, lo mismo que la necesidad del consentimiento de los terceros a quienes perjudique.

En toda delegación pasiva, el delegado, en ejecución de una orden o invitación del delegante, asume en su propio nombre una determinada obligación frente al delegatario o efectúa de modo directo una prestación en su favor. En el primer caso tenemos la delegación promisora *(delegatio promittendi)*, y en el segundo la delegación solutoria *(delegatio solvendi)*.

En la delegación solutoria, el delegado no asume ninguna obligación frente al delegatario, ni es preciso la aceptación de éste; sólo ejecuta o realiza una prestación en su favor. Sin embargo, en los casos en que aparezca una aceptación, se le aplican las reglas de la delegación promisoria. El delegatario, aunque el delegado no sea en puridad un deudor frente a él, debe dirigirse contra el mismo en primer lugar, y sólo si la delegación de pago nó ha sido cumplida, contra el delegante.

La delegación es un importante instrumento de crédito, que es susceptible de desempeñar funciones y cometidos muy diversos. En la práctica tiende a concentrar prestaciones. Así, si el delegante es acreedor del delegado y deudor del delegatario, con una sola prestación, la del delegado al delegatario, se extinguen dos relaciones obligatorias. O bien que la obligación del delegante frente al delegatario quedará sustituida o unida, según el efecto de la delegación, por una obligación del delegado frente al delegatario.

V. LA CESION DEL CONTRATO

Hasta ahora hemos pensado que el cambio de persona tenía por objeto la transmisión o el paso de alguno de los sujetos antiguos a otros nuevos de varios de los efectos producidos por la obligación: cesión de los derechos, subrogación en los créditos, asunción de la deuda. Sin embargo, el fenómeno puede ser más complejo, transfiriéndose en bloque la totalidad de los efectos o, si se prefiere, la totalidad de la relación obligatoria. Como este tipo de relaciones nacen normalmente de un contrato, en la doctrina se ha hablado de una «cesión del contrato». Por ejemplo, cesión de la compraventa, cesión del arrendamiento, cesión del contrato de obra, cesión de los contratos de trabajo en el caso de transmisión de la empresa.

Doctrinalmente se ha discutido si la llamada cesión del contrato se descompone en una serie de cesiones de cada uno de los efectos del mismo (cesión de créditos, asunción de deudas, etc.) o si, por el contrario, se trata de un fenómeno de carácter unitario con una finalidad unitaria también. Aunque la llamada *teoría de la descomposición* influyó en los primeros tiempos en la doctrina y en la jurisprudencia, hoy parece haber ganado terreno la llamada *teoría unitaria,* que considera al negocio de cesión como un negocio único. Este punto de vista es el más conforme con el propósito de las partes de verificar la transmisión de una compleja posición jurídica y, a su vez, con la necesidad de que la cesión tenga un pleno alcance objetivo, es decir, que no afecte sólo a los derechos y a las obligaciones, sino a cualesquiera efectos contractuales (por ejemplo, las excepciones, las condiciones, etc.), y asimismo a que la producción de sus consecuencias se realice con recíproca interdependencia en todas sus partes.

Aunque nuestro Derecho positivo no contenga normas que admitan y regulen con carácter general la figura de la cesión del contrato, parece que no hay ninguna dificultad en construirla al amparo del principio general de libertad de pactos del artículo 1.255 del Código civil. Por otra parte, no debe olvidarse que algunas de sus aplicaciones prácticas se encuentran legalmente admitidas. Tal ocurre con la cesión de los arrendamientos en su legislación especial, con la cesión de los contratos de obra en la legislación administrativa, con la cesión de los contratos de trabajo y con la transmisión de la cualidad de socio en la Ley de Sociedad Anónimas.

La cesión requiere, para la plena producción de sus efectos, el consentimiento del contratante cedido (Ss. de 6 marzo de 1973, 26 de noviembre de 1982 y 20 de marzo de 1985).

Para que pueda hablarse de auténtica cesión de contrato es necesario que exista una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, que se encuentren todavía total o parcialmente pendientes de ejecución.

El negocio de cesión debe hacerse en la misma forma prescrita para el contrato cedido.

El contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato y las personales entre ambos, y las que tuviera contra el cedente si al consentir la cesión hizo reserva expresa.

VI. LA NOVACION Y LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Según el tenor literal del artículo 1.143 de nuestro C.c., «la novación hecha con cualquiera de los deudores... (solidarios)... extingue la obligación». Aunque la fórmula es categórica, resulta sobremanera simplista e insuficiente. El precepto citado admite una extensión de los efectos del negocio novatorio, aunque haya sido celebrado con uno solo de los deudores y además le asigna un efecto extintivo. Las cosas quizá no sean tan simples y convenga subdistinguir según el alcance que al negocio novatorio se haya querido dar y según su naturaleza en los casos en que la novación sea meramente modificativa y en los casos de novación objetiva.

La novación con participación de todos los deudores, que prestan su asentimiento al contrato novatorio, no suscita ningún problema especial. La única cuestión que puede plantearse consiste en determinar si la nueva obligación que sustituye a la anterior es también solidaria o, si por el contrario, debe entenderse que es parciaria.

En términos generales, cabe señalar que si la obligación era solidaria, debe presumirse que la nueva obligación que sustituye a la anterior, es solidaria también y que en tal caso, para la desaparición de la solidaridad es precisa una declaración expresa en el contrato novatorio. Esta solución no se opone a lo señalado en el artículo 1.137, pues el artículo 1.137 exige el carácter expreso para la constitución de la obligación como solidaria.

El problema, sin embargo, como ya hemos señalado, no radica en la novación efectuada con participación de todos los deudores en el contrato novatorio, sino en la novación estipulada por el acreedor con uno solo o con algunos de los deudores solidarios, pero no con todos. Aunque el artículo 1.143 admite una extensión del efecto del negocio novatorio y la producción de un efecto extintivo, como ya hemos señalado antes, se impone realizar alguna distinción y alguna matización.

Se presentan como hipótesis claramente distintas, dentro de los esquemas jurídicos de la novación, la que tiene por finalidad sustituir la persona del deudor (cfr. art. 1.203.2.°), y la que tiene por finalidad la variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación (cfr. art. 1.203.1.°).

Por lo que se refiere al primero de los tipos de negocio novatorio, la extensión de sus efectos a los deudores que no han participado en él, dependerá en gran parte de los términos de las propias estipulaciones, puesto que caben posibilidades muy diferentes.

Por ejemplo: 1.ª Uno de los deudores solidarios, estipula con *X,* un tercero, que éste asumirá la deuda de todos los deudores solidarios, y el acreedor lo consiente; 2.ª Es *A,* el acreedor quien estipula con *X* la asunción por éste de la deuda de todos los deudores solidarios. En estos casos, parece claro que el efecto extintivo y liberatorio se extiende a todos los deudores solidarios. Sin embargo, cabe también la hipótesis de que *B,* deudor solidario, estipule con *X,* tercero, y *A,* acreedor, lo consienta, que este tercero asumirá únicamente la posición deudora de *B.* O bien que es *A* quien estipula con *X* esta asunción de la posición deudora de *B.* En estos casos, parece también claro que el efecto novatorio queda limitado a la posición o situación jurídica de *B* y que los efectos del negocio no alcanzarán a los demás codeudores.

La cuestión presenta un cariz completamente distinto, en lo que se refiere a la llamada novación objetiva o novación por variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación. Si el acreedor estipula unas nuevas condiciones principales de pago, tanto si el efecto de la novación es modifica-

tivo como si es extintivo, parece claro que la novación no puede producir consecuencias respecto de los codeudores, a menos que éstos le otorguen su consentimiento. Cabe, sin embargo, que este consentimiento de los deudores que no han participado en la estipulación sea un consentimiento tácito.

VII. LA EXTINCION DE LA RELACION OBLIGATORIA Y SUS CAUSAS

Nuesto Código civil contiene un repertorio o elenco de causas de extinción de las obligaciones en el artículo 1.156. Esa enumeración está, sin embargo, fundada en la consideración de la obligación como el simple vínculo formado por la correlación entre un derecho de crédito y deber de prestación. La configuración de la relación obligatoria como una relación jurídica compleja y unitariamente organizada para la realización de unos determinados intereses y fines empíricos, conduce al planteamiento de un problema diferente en alguna medida. Una cosa es la extinción de una obligación y otra distinta es la extinción de la relación obligatoria que liga a las partes. Si, por ejemplo, el arrendatario paga las mercedes arrendaticias o si las compensa con otros créditos que tuviera contra el arrendador, es claro que no por ello finaliza la relación de arrendamiento.

Aplicando este criterio, se puede llegar a la conclusión de que la relación obligatoria se extingue en los siguientes casos:

1.° Cuando ambas partes celebran un negocio jurídico extintivo de la relación: contrato extintivo o disentimiento mutuo.

2.° Cuando se atribuye a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria. Esta facultad de terminación de la relación de obligación puede ser enteramente libre o estar en una justa causa previamente contemplada por la ley como fundamento del ejercicio de la facultad de extinguir la relación.

En el primer caso podemos hablar de una denuncia, desistimiento unilateral o receso de la obligación obligatoria. En el segundo se habla de «resolución» de la obligación.

3.° Cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida y se han agotado todos los efectos buscados, porque han quedado plenamente satisfechos los intereses de ambas partes y cumplidas todas las obligaciones.

4.° Cuando se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación (término final, condición resolutoria).

Vamos a analizar las causas de extinción siguientes:

A) Mutuo disenso

El mutuo disenso o desistimiento mutuo es un acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto la relación obligatoria. En rigor, no se trata de una invalidez o de una ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de una extinción de la relación contractual. Como el evento extintivo es un nuevo contrato deberá reunir todos los requisitos de capacidad, objeto, causa, forma, etc., necesarios para la validez de un contrato.

B) La decisión unilateral

Es una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial. Nuestro Código civil no contempla este fenómeno con carácter general, aunque lo admite en casos concretos, como respecto del arrendamiento de obra (cfr. art. 1.594: el dueño puede «desistir» por su sola voluntad de la construcción de la obra); respecto de la sociedad, donde habla de la disolución por la voluntad o «renuncia» de uno de los socios (arts. 1.700.4.°, y 1.705), y del mandato, donde habla de revocación por el mandante y de renuncia por el mandatario (art. 1.732.1.° y 2.°).

La terminación de la relación obligatoria por la sola y libre voluntad de una de las partes puede tener su fundamento en la atribución *ex lege* de la facultad de extinguir la relación (cfr. artículos antes citados) o en la concesión de dicha facultad por el negocio jurídico constitutivo de la obligación. También cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas que carecen de plazo contractual de duración y que se encuentran fundadas en la recíproca confianza que las partes se merecen (cfr. Ss. de 14 de febrero de 1973 y 22 de marzo de 1988).

El ejercicio de esa facultad se realiza mediante una declaración de voluntad que ha de ser recepticia. Debe ser hecha de buena fe (art. 7.°1, del Título Preliminar), lo que seguramente impondrá la existencia de un plazo de preaviso (no desistir por sorpresa) y la necesidad de prolongar la realización por el tiempo necesario para que la otra parte tome sus medidas (vid. S. de 3 de julio de 1986).

C) La resolución

Llamamos «resolución» a la extinción sobrevenida de una relación obligatoria que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción judicial, que no es, sin embargo, reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución.

a) *La resolución por incumplimiento.*—Para las obligaciones obligatorias sinalagmáticas, el artículo 1.124 regula las facultades que tienen las partes, cuyo análisis vamos a efectuar.

Entiende «implícita» la facultad resolutoria para el caso de que uno de los

obligados no cumpliere lo que le incumbe (p. 1.°). Reiteradísima jurisprudencia exige que el que utiliza esta facultad haya cumplido lo que le incumbe, o esté dispuesto a hacerlo, o bien que su incumplimiento haya tenido por causa el de la otra parte. Además, ha de incumplirse una obligación principal según la economía del contrato, no accesoria, grave e importante (S. de 13 de julio de 1985).

No se trata del juego de ninguna condición —a pesar de que el Código civil coloca el artículo 1.124 entre las normas sobre las obligaciones condicionales—, pues el incumplimiento no se prevé como un evento futuro e incierto del que depende la resolución de la obligación. Las partes precisamente prevén que se cumplirá, y por ello conciertan sus convenios. En realidad el artículo 1.124 es una sanción para el contratante incumplidor y una consecuencia del sinalagma, pues el no cumplimiento de una obligación deja sin causa a la recíproca. Técnicamente otorga una *facultad* de modificación de la situación jurídica, consistente en poner fin a la relación obligatoria de las partes. El legitimado puede utilizarla o no, y por ello dice el párrafo 2.° del artículo 1.124: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.» Esta imposibilidad no es sólo física, objetiva o de hecho, sino también jurídico-económica, que se refiere a la frustración del acreedor (no a la mera conveniencia) por la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento, si hace desaparecer el interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta (S. de 18 de noviembre de 1983).

El ejercicio de la facultad resolutoria puede tener lugar extrajudicialmente, aunque si la parte incumplidora no se allana a ella los Tribunales han de examinar su pertenencia o no. La resolución judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya hecha (Ss. de 19 de noviembre de 1984 y 14 de junio de 1988).

El párrafo 3.° del artículo 1.124, consecuente con la idea del mantenimiento del vínculo como principio básico, señala que el Tribunal «decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo». Sin embargo, la jurisprudencia ha corregido el automatismo que se pudiera deducir del texto legal, declarando en todas las ocasiones que la resolución requiere una «voluntad deliberadamente rebelde» al cumplimiento, o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento.

El primer requisito supone el examen de la conducta de la parte a la que se acusa de incumplidora, debiendo revelar la probabilidad de una continuación futura de la situación de no cumplimiento[4].

[4] Una línea suavizadora parece iniciarse en algunas sentencias recientes, mediante el abandono del examen de la conducta del deudor, bastando que éste, de forma continuada, y sin razón que lo justifique, deje de cumplir lo pactado, o que vaya claramente contra la finalidad perseguida por el contrato (SS. de 2 y 4 de diciembre de 1985, 24 de enero de 1986 y 12 de mayo de 1988).

El segundo requisito (hecho obstativo) parece que es una circunstancia que determina la imposibilidad sobrevenida de la prestación, sea o no imputable al propio deudor.

Los efectos de la resolución están regulados insuficientemente en el párrafo final del artículo 1.124, *que sólo se ocupa de los derechos de los terceros adquirentes*, remitiéndose «a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

La remisión a los artículos 1.295 (debe entenderse hecha a sus párrafos segundo y tercero, que son los que afectan a terceros adquirentes) y 1.298 significa que el efecto resolutorio no perjudica al adquirente de buena fe, y que el de mala fe ha de devolver, y si por cualquier causa le es imposible, deberá indemnizar daños y perjuicios. La que se hace a la Ley Hipotecaria en general indica que se protege al adquirente de inmuebles si reúne los requisitos de su artículo 34, y que la constancia en el Registro del precio aplazado de la adquisición por su transmitente perjudica a tercero si expresamente se le ha dado el carácter de condición resolutoria cuando no se pague (art. 11 L.H.).

Los demás efectos de la resolución, como deterioro, pérdida, mejoras de la cosa, se rigen por los preceptos sobre la retroactividad del cumplimiento de las condiciones resolutorias (art. 1.123), a fin de restablecer la situación existente en el momento de la celebración del contrato (Ss. de 28 de junio de 1977, 7 de julio de 1982, 6 de febrero de 1984 y 17 de junio de 1986). No obstante, las partes, pueden pactar válidamente otras consecuencias del incumplimiento (Ss. de 8 de febrero de 1980 y 25 de noviembre de 1982).

Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 1.° del artículo 1.124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte[5]. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente, el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliese (que es lo que no quiere con la resolución). Por ejemplo, si

[5] El precepto dice «resarcimiento de daños y abono de intereses», que la jurisprudencia interpreta como indemnizacion de daños y perjuicios, siendo equivalente «intereses» a ganancias dejadas de obtener o lucro cesante (S. de 10 de octubre de 1980 y las que cita).

se resuelve un contrato de compraventa de un solar por incumplimiento del vendedor, el comprador no puede pretender que le indemnice como daño el aumento de precio que ha experimentado, como si hubiera entrado en su patrimonio, cosa que él no quiso al optar por la resolución y, en consecuencia, no pagar el precio de adquisición.

En los contratos de tracto sucesivo la resolución es *ex nunc,* pues las prestaciones a que dan lugar gozan de autonomía, satisfacen el interés de los contratantes a medida que se ejecutan. Por tanto, no se devuelven éstas ni sus correspectivos, el sinalagma ha funcionado hasta el momento de la resolución.

b) *La modificación sobrevenida de las circunstancias y la frustración del fin del contrato.*—Uno de los problemas que ha venido preocupando a la doctrina del Derecho civil en los últimos tiempos es el determinar la influencia que ejerce en la vida del contrato una modificación sobrevenida de las circunstancias que existían cuando las partes contrataron y que normalmente se tienen en cuenta para ello. En épocas de aceleradas mutaciones en los cambios económicos, como las que ahora transcurren, se demandan soluciones justas [6].

¿Cuál debe ser el influjo que una alteración sobrevenida de las circunstancias ha de ejercer sobre la vida del contrato? Es éste un problema del cual las legislaciones y los Códigos civiles, promulgados todos ellos en el siglo XIX, época de gran estabilidad económica y social, no llegaron a ocuparse, contentándose con sentar el principio de obligatoriedad del contrato, el cual, rigurosamente entendido, puede llevar a consecuencias gravemente injustas. Para remediar estas injusticias voces muy autorizadas claman por la concesión de un amplio poder judicial para la revisión del contrato, lo cual, a su vez sumiría el tráfico jurídico en la más absoluta inseguridad. El problema que nos ocupa es, pues, el de la lucha entre las injusticias a que puede conducir la norma rígida de la obligatoriedad del contrato y la inseguridad de un poder revisorio del mismo, y ha dado lugar a numerosas teorías, de las que sólo se expondrán las más relevantes.

Con arreglo a una teoría, muy antigua, se entiende que, por voluntad implícita de las partes, en todos los contratos que tienen tracto sucesivo se sobreentiende existente una cláusula con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así *(rebus sic stantibus).* Esta doctrina tiene su origen probablemente en los glosadores *(contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rebus sic standitus intelliguntur).* Fue resucitada por la escuela de Derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII (GROCIO, PUFENDORF) e influyó en la codificación prusiana. Sin embargo, a fines del siglo XVIII cayó en descrédito en la doctrina jurídica y fue abandonada, hasta que las circunstancias económico-sociales surgidas después de la primera guerra mundial obligaron a resucitarla.

En la doctrina germánica, la formulación moderna la hizo KAUFMANN de la siguiente manera: en todos los contratos se sobreentiende que existe una cláusula de acuerdo con la cual la subsistencia de la relación contratual depende de la persistencia de determinadas circunstancias existentes al concluirlo, que fueron debidamente tenidas en cuenta y cuya variación no era previsible.

La teoría de la cláusula *rebus* no resulta satisfactoria por dos razones. La primera, porque trata de encontrar su fundamento en una implícita voluntad de las partes de insertar en sus contratos tal cláusula (por esto se considera como una cláusula sobreentendida), cuando resulta evidente que toda relación entre la voluntad de las partes y el efecto que debe producir la alteración sobrevenida de las circunstancias es ficticia. Por ello no puede hablarse, en sentido riguroso, de una verdadera «cláusula», ni los efectos de la modificación de las circunstancias tienen su origen en la referida voluntad de las partes. En otro sentido, cabe todavía señalar que la formulación de la teoría es demasiado vaga e inconcreta, pues se limita a establecer que en los contratos de tracto sucesivo y en los que tienen una dependencia de futuro las cosas deben continuar estando así *(sic stantibus),* pero no puntualiza qué cosas son éstas que deben mantenerse inalterables ni tampoco cuáles son en puridad los efectos de la alteración.

Para resolver el problema planteado, la doctrina y la jurisprudencia francesas han recurrido a la llamada teoría de la imprevisión. Se parte de la teoría básica de la incondicionada fidelidad al contrato y de la fuerza obligatoria del mismo. No obstante, se llega a admitir la liberación del deudor en aquellos casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias, que hacen la prestación muy difícil y que, además, son imprevisibles. La imprevisión de estas circunstancias sobrevenidas es lo que justifica la libertad del deudor. Su fundamento se encuentra básicamente en la idea de *equidad,* que lleva a pensar que en estos supuestos mantener incondicionalmente el contrato constituye un injusto enriquecimiento de una de las partes a costa de un empobrecimiento de otra.

La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación ha sido construida por los civilistas italianos y fue consagrada por los artículos 1.467-1.469 del Código civil de aquel país. Se establece en ellos que en los contratos de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución simplemente diferida, cuando la

[6] Piénsese en el caso de un empresario que asume la obligación de suministrar durante un largo período de tiempo un determinado producto cuyo precio, para toda la duración del suministro, ha sido fijado en el momento de celebrarse el contrato, en que las condiciones económicas eran estables, teniendo en cuenta los costes de producción. Cuando al poco tiempo estalla una guerra o se produce una gran inflación con aumento importante de los precios de costo y pérdida del valor de la moneda, la continuación de la ejecución del contrato puede llevar al suministrador a la ruina. En otras hipótesis la alteración de las circunstancias frustran el fin del negocio. Son paradigmáticos los llamados en la jurisprudencia anglosajona «casos de coronación». El más conocido de todos fue el siguiente: Una persona había alquilado una casa, porque el edificio se encontraba en la ruta que había de seguir la parada militar que había de celebrarse con motivo de la coronación de Eduardo VII; el arrendatario subarrendó los balcones a los espectadores del desfile, pero éste no llegó a celebrarse; sin embargo, se reclamaba la merced del arriendo.

prestación para una de las partes se hace excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede demandar la resolución del contrato. Tal resolución no puede ser, sin embargo, exigida si la onerosidad sobreviene dentro del riesgo normal del contrato. La parte contra la cual la resolución se demanda puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato. Igualmente se establece que cuando se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, esta parte puede exigir una reducción de su prestación o una modificación de la modalidad de ejecución de la misma que sea suficiente para reconducirla a la equidad.

Abandonando los cauces clásicos de la voluntad expresa o presunta de las partes y del grado mayor o menor de previsibilidad, la doctrina más reciente, sobre todo en Alemania, ha tratado de construir el problema de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas en la vida del contrato a través de la idea de «base de negocio».

La base del negocio puede ser, según LARENZ, subjetiva y objetiva. Por *base del negocio subjetiva* se entiende una representación mental o una expectativa común a ambas partes, que han celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era esperada por ellas. No es suficiente, pues, la representación mental o expectativa individual de cada una. La *base del negocio objetiva* es un conjunto de circunstancias exteriores y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido.

La base subjetiva del negocio desaparece cuando las circunstancias positivamente esperadas por ambas partes no llegan a existir o se extinguen (si lo esperado era su persistencia). La objetiva, en dos casos: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se rompe de manera tal que ya no puede hablarse de contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia); cuando la finalidad común y objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación sea todavía posible (frustación del fin).

La jurisprudencia en España ha mostrado siempre un recelo a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, exigiendo para ello una alteración *extraordinaria* de las circunstancias existentes al momento de cumplir el contrato en relación con las existentes al concluirlo, que dé origen a una desproporción *exorbitante* entre las prestaciones, y que sea tal alteración *radicalmente imprevisible*. Cuando se carezca de otro remedio, dará todo ello lugar a una *revisión* del contrato, no a su extinción. Por otra parte, éste ha de ser a largo plazo o de tracto sucesivo o ejecución diferida (Ss. de 23 de noviembre de 1962 y 27 de junio de 1984, por todas).

Sin embargo, esa misma jurisprudencia se manifiesta favorable a la resolución contractual cuando circunstancias que no dependen de las partes frustran la finalidad que se persiguió cuando se concertó (Ss. de 30 de junio de 1948, 31 de octubre de 1951, 23 de noviembre de 1964, 20 de abril de 1965, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983).

VIII. LA CONFUSION DE DERECHOS

Según el artículo 1.192 del Código civil, queda extinguida la obligación desde que se reúnen en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Ello puede ocurrir cuando el deudor adquiere *inter vivos o mortis causa* la titularidad del crédito o, al revés, cuando es el acreedor quien sucede al deudor. La justificación del fenómeno extintivo es perfectamente clara. Nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo. Por consiguiente, la relación obligatoria se extingue.

La regla general de la extinción por confusión presenta algunas excepciones. Así, el artículo 1.192.2.° dice que se exceptúa de la confusión el caso en que tenga lugar en virtud de título de herencia y ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario. Esta solución se fundamenta en la idea de que la herencia con beneficio de inventario provoca una total separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero (cfr. art. 1.023), sometido aquél a una liquidación para pago de las deudas y cargas hereditarias, y en su contenido debe figurar el crédito contra el heredero o, viceversa, el de él contra el causante.

De la exigencia institucional de que se reúna en una misma persona tanto la titularidad activa como pasiva de la relación obligatoria, derivan las reglas de los artículos 1.193 y 1.194.

Según el artículo 1.193, la confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor principal aprovecha a los fiadores, pero la que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación. En la primera hipótesis la fianza se extingue al hacerlo la obligación garantizada. En la segunda (reunión de las cualidades de fiador y de acreedor o de la de fiador y deudor), esa obligación principal se mantiene.

El artículo 1.194 dice que la confusión no extingue «la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurran los dos conceptos», lo que es congruente con la existencia en esa obligación mancomunada (en realidad, parciaria) de tantos créditos o deudas como acreedores o deudores haya (art. 1.138).

Si la obligación es solidaria, ocurrida la reunión de la cualidad del acreedor en cualquiera de los deudores o la de deudor en cualquiera de los acreedores, el artículo 1.143 impone el efecto extintivo total, pero también que la situación interna entre los deudores o acreedores sea la misma que si aquel deudor o aquel acreedor hubiesen pagado o cobrado, respectivamente, la deuda por entero.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ANDREOLI: *La cesión del contrato,* trad. esp., Madrid, 1956; ALVAREZ CAPEROCHIPI: *El artículo 1.207 C.c.,* R. C. D. I., 1973, p. 413; ALVAREZ VIGARAY: *La resolución de los contratos por incumplimiento,* Granada, 1972; ARRECHEDERRA ARANZADI: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual,* Madrid, 1978; BIGIAVI: *La delegazione,* Padua, 1943; CANDIL: *La cláusula «rebus sic stantibus»,* Sevilla, 1943; CERVERA: *En torno al futuro de la novación,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 1, p. 451; COSSÍO Y CORRAL: *La transmisión pasiva de las obligaciones,* A. A. M. N., t. 1, p. 168; CRISTÓBAL MONTES: *La cesión del contrato; La llamada novación modificativa,* en «Estudios de Derecho de obligaciones», Zaragoza, 1985; DE ANGEL YÁGÜEZ Y ZORRILLA RUIZ: *La frustración del fin del contrato,* A. D. C., 1985, p. 184; DE CASTRO Y BRAVO: *Cesión de crédito litigioso; aplicación del artículo 1.535 C.c.,* A.D.C., 1953, p. 259; ESPINAR LAFUENTE: *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas,* en «Estudios Castán Tobeñas», vol. 2, p. 34; GARCÍA AMIGO: *La cesión de contrato en el Derecho español,* Madrid, 1965; HERNÁNDEZ GIL: *El ámbito de la novación objetiva modificativa,* R. D. P., 1961, p. 797; JORDANO BAREA: *Asunción de deuda,* A. D. C., 1950, p. 1.372; LARENZ: *Base del negocio y cumplimiento del contrato,* trad. esp. Madrid, 1956; MOSCO: *La resolución de los contratos por incumplimiento,* trad. esp.; PINO: *La excesiva onerosidad de la prestación,* trad. esp., Barcelona, 1959; SÁNCHEZ REBULLIDA: *La novación de las obligaciones,* Barcelona, 1964; TERRAZA MARTORELL: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución,* Barcelona, 1951; TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido,* en «Estudios Santa Cruz Tejeiro», p. 453.

III

CONTRATOS EN ESPECIAL

20. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Dice el artículo 1.445 del Código civil que por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

De esta definición se deducen claramente las notas que, dentro de nuestro sistema jurídico-civil, configuran este tipo contractual.

La compraventa es un contrato de carácter consensual, en el sentido de que se perfecciona por el mero consentimiento, y productor de obligaciones. Dice al efecto el artículo 1.450 que es obligatoria para ambos contratantes si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otro se hayan entregado. Por tanto, otorga únicamente a las partes el derecho a exigir el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones. Para la adquisición del dominio por el comprador se necesita que, además del contrato, concurra la tradición de la cosa vendida (arts. 609 y 1.095).

El consentimiento no necesita de ninguna forma. Ciertamente que el artículo 1.280-1.° determina que el contrato ha de constar en escritura pública, pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.279 es una formalidad a cuyo cumplimiento pueden compelerse las partes una vez perfeccionado.

Otros caracteres destacados del contrato de compraventa son la onerosidad, la reciprocidad y la conmutatividad. Hay onerosidad porque el contrato determina sacrificios o desplazamientos patrimoniales para cada una de las partes; reciprocidad porque las obligaciones que nacen de él vinculan de este modo a comprador y vendedor; y conmutatividad porque la obligación principal que asume una parte se considera *ab initio* como el equivalente de la que la otra a su vez contrae.

La compraventa constituye el paradigma de los contratos a través de los cuales se realiza el intercambio o el comercio de los bienes y, de acuerdo con una muy extensa tradición histórica, es el contrato que dispone de una más amplia regulación legal. Nuestro Código civil le dedica alrededor de ochenta artículos, lo que representa un conjunto normativo muy superior al de cualquier otro en tal cuerpo legal.

Es esencial a la compraventa el que el precio se pague siempre en dinero o signo que lo represente. En este sentido representa un estadio adelantado del comercio jurídico, que ha superado ya la fase más primitiva del simple trueque o permuta. En él luce en toda su integridad la función del dinero como medio de cambio, porque se entrega y se recibe al ser la medida del valor de las cosas.

II. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. PROHIBICIONES

El artículo 1.457 sienta la regla general: «Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes.»

La regla de capacidad deriva del carácter meramente obligatorio de la compraventa y del deseo de favorecer el comercio jurídico. Todas las personas capaces de contraer obligaciones lo son también para celebrar este contrato productor de obligaciones, salvo especiales y concretas prohibiciones. Las personas afectadas por ellas pueden celebrar contratos de compraventa, excepto en los supuestos en que se den las circunstancias legalmente prevenidas.

Al disponer el artículo 1.458 que el marido y la mujer pueden venderse recíprocamente bienes, rectificando, conforme a los dictados de la Ley de 13 de mayo de 1981, la regla que sólo permitía las compraventas entre cónyuges cuyo régimen económico-matrimonial fuese el de la separación de bienes, las únicas prohibiciones son las siguientes, recogidas en el artículo 1.459:

1.° *El tutor.* El Código civil prohíbe tanto al tutor como al protutor la compra de los bienes de la persona que esté bajo tutela. La reforma de la institución tutelar operada por Ley de 24 de octubre de 1983 ha suprimido al protutor de la organización de la tutela, pero ha extendido la prohibición a los que ocupan cargos tutelares (curadores, defensores judiciales). No se ha recogido en ella la posibilidad que concedía el derogado artículo 275 al consejo de familia para autorizar al tutor a la compra, autorización que daría hoy la autoridad judicial al haber sustituido a aquel organismo tutelar. Tampoco ni con autorización judicial puede transmitir el que desempeñe cargo tutelar al tutelado a título oneroso (art. 221.3.°).

2.° *El mandatario encargado de la administración o enajenación de los bienes.* La prohibición va más allá de la figura de la autocontratación, pues en el supuesto está incluido el mandatario encargado de administrar simplemente, sin poderes para enajenar, y cesa cuando al tiempo de adquirir ha desaparecido la relación de mandato (S. de 17 de enero de 1922) [1].

La jurisprudencia no ha dado un carácter absoluto a la regla. Acepta que no es aplicable cuando es el mandante quien vende al mandatario, o cuando el mandatario tiene autorización de su mandante para proceder a la adquisición (Ss. de 3 de junio de 1949, 5 de noviembre de 1956, 27 de mayo de 1959, 27 de octubre de 1966 y 30 de septiembre de 1968).

3.° *Albaceas.* Los albaceas, en cuanto encargados del cumplimiento de la voluntad del testador, no pueden comprar «los bienes confiados a su cargo». La prohibición se circunscribe a los que han aceptado el cargo, y para las compras que realizasen mientras dura el albaceazgo. Por otra parte, ha de destacarse que los bienes son los «confiados» simplemente, es decir, para cualquier misión dispuesta por la ley (arts. 747 y 749) o por el testador, no sólo los que pueden administrar o vender por disposición de éste.

4.° *Empleados públicos.* A los empleados públicos se les prohíbe la compra de los bienes del Estado, del Municipio, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados. Esta prohibición afecta también a los jueces y peritos que de cualquier modo interviniesen en la venta.

Debido al cambio de forma del Estado, que de centralista ha pasado a ser un Estado de las Autonomías, los empleados públicos de las Comunidades Autónomas estarán sometidos, en iguales circunstancias, a la prohibición del artículo 1.459 C.c.

El empleado público debe estar encargado de la gestión de los bienes, concepto más amplio y comprensivo de su actividad que el de administración.

5.° *Personas encargadas o relacionadas con la administración de justicia.* Los magistrados, jueces, individuos del Ministerio fiscal, secretarios de Tribunales y Juzgados y oficiales de justicia no podrán adquirir por compra los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus funciones respectivas, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión [2]. Se exceptúan los casos en que se traten de acciones hereditarias entre coherederos, cesión en pago de créditos o de garantía de los bienes que posean.

Supuesto de acciones hereditarias entre coherederos. La persona sujeta a la prohibición es coheredera de los litigantes o de alguno de ellos. Le es lícito adquirir por cesión el derecho de cualquiera de ellos, bien sea directamente, bien como consecuencia del ejercicio del retracto del artículo 1.067.

Supuesto de cesión en pago de créditos. A reclama a B el pago de una deuda. C, juez, es acreedor de A, quien transmite válidamente al mismo aquel crédito.

Supuesto de garantía de los bienes que posean. A es acreedor de B, a quien demanda para obtener el pago y embarga una finca. Esa finca se vende por B a C, juez. No caerá bajo la prohibición la compra por C del crédito de A,

[1] La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 3 de julio de 1976 negó la inscripción de una compraventa otorgada en nombre de A por B en favor de C. Dicho C era mandatario de A con poderes para vender la finca y con facultad de sustituir el poder, y designó a otro mandatario que en aquel caso fue B. La Dirección entendió que C no se había desligado del mandato, el cual existía mientras no se renunciase a él o se diesen las otras causas legales de extinción, por lo que su adquisición estaba prohibida por el art. 1.459.

Esta doctrina es aceptable cuando la sustitución en el poder no desligue al mandatario del mandante, pero sabemos por la teoría general de la representación, expuesta en el volumen I de este *Sistema*, que hay sustituciones en las que se produce aquel fenómeno de salida de la relación jurídica del sustituyente.

[2] El «litigio» no se circunscribe a juicios declarativos. La sentencia de 2 de julio de 1976 comprende bajo la prohibición la compra de un bien que se embargó y subastó en un juicio ejecutivo.

a fin de liberar a la finca de la traba del embargo. Se ampara esta adquisición porque es útil para el goce pacífico de los bienes poseídos.

Si hay más de un Tribunal con la misma jurisdicción, si por razón de reparto no corresponde el asunto al Tribunal donde presta sus servicios el funcionario, no por ello deja de estar sujeto a la prohibición, toda vez que «existen las mismas razones morales respecto de los funcionarios todos que prestan sus servicios en Tribunales de la misma jurisdicción» (S. de 2 de julio de 1976).

A los abogados y procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión u oficio defendiendo intereses ajenos, no propios (S. de 29 de octubre de 1964), se les aplica la misma prohibición (con sus excepciones) del personal judicial (art. 1.459, párrafo último). GARCÍA GOYENA interpreta, al comentar análogo precepto del Proyecto de 1851, que con ello se prohibía también el pacto de *quota litis*, que consiste en un convenio por el que se cede al abogado, si obtiene sentencia favorable, una parte alícuota de la cosa o cantidad en litigio en pago de gastos y honorarios. El Estatuto General de la Abogacía prohíbe expresamente dicho pacto (art. 56, R.D. de 24 de julio de 1982).

¿Desde cuándo es litigioso un bien? La jurisprudencia interpreta que desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (Ss. de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965. No obstante, para el Código civil lo es desde la contestación a la demanda en el artículo 1.535.2.°, criterio poco justo ya que se deja a voluntad del demandado la fecha en que el bien es litigioso).

Las prohibiciones del artículo 1.459 se refieren tanto a las compras directas como indirectas. En efecto, el Código prohíbe comprar «por sí, ni por persona alguna intermedia», es decir, cuando ésta no adquiere para sí sino para el vendedor [3], y por otra parte extiende la eficacia de la prohibición a las adquisiciones por subastas pública o judicial. Se puede dudar de la justificación toda vez que en la subasta el precio se forma teóricamente de una forma objetiva, sin que la actuación del mandatario o del albacea, por ejemplo, pueda perjudicar los intereses del vendedor.

Las cualidades que originan las prohibiciones deben tenerse en el momento de la perfección del contrato, no de su consumación (S. de 20 de febrero de 1967).

¿Qué carácter tiene el negocio celebrado en contravención a las prohibiciones del artículo 1.459? No es dudoso que en los casos de los números 4.° y 5.° la nulidad sea radical y absoluta, porque el motivo de la prohibición es

[3] Por ejemplo, hay un acuerdo entre vendedor y comprador para que en lugar de aparecer aquél como comprador figure el último (p. ej., el mandatario A vende la finca objeto del mandato a su amigo B previo acuerdo de que la compra es como si hubiese sido hecha por A; o A da mandato a B para que adquiera por su cuenta pero utilizando su propio nombre, y B, utilizándolo, compra la finca de cuya enajenación está encargado A).

de evidente orden público. Pero también los de los números 2.° y 3.° la jurisprudencia ha estimado de orden público las prohibiciones con idéntica consecuencia (Ss. de 5 de octubre de 1962, 11 de junio de 1966 y 7 de octubre de 1987 en cuanto al número 2.°, y de 22 de junio de 1948 respecto del número 3.°). No se compagina esta doctrina con la validez que da a la adquisición cuando el mandante vende al mandatario, o éste adquiere con el consentimiento de aquél, que demuestra que la prohibición no es imperativa o inderogable, como correspondería a una norma de orden público. Por ello, la hipótesis de la compra por el mandatario encargado de administrar o por el albacea deben tratarse como anulables por haberse realizado sin consentimiento del mandante o de los sucesores, respectivamente, en cuyo beneficio se establece la prohibición. Para las hipótesis de autocontratación, nos remitimos al capítulo 2 de este libro.

III. EL OBJETO

Pueden ser objeto del contrato de compraventa tanto las cosas corporales como incorporales, y ha de reunir las siguientes condiciones:

1.ª Existencia actual o futura. El artículo 1.460 se ocupa de la hipótesis de la pérdida de la cosa «al tiempo de celebrarse la venta», y dice que «quedará sin efecto el contrato»; propiamente será inexistente por carecer del objeto (art. 1.261). En cambio, si la pérdida es parcial «el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido». Pero si el vendedor conocía estas circunstancias y no lo manifestó al comprador, es dudoso si se establece una alternativa entre la resolución y el cumplimiento en la parte que quede, rectificándose el contrato en cuanto al objeto y en cuanto al precio de esta última opción, o entre la nulidad por dolo del vendedor y esa rectificación. El verbo «desistir» más bien indica resolución, pero la terminología del Código no es fiable en sentido técnico. Más bien es un caso de reticencia dolosa del vendedor, incurre en una deslealtad en la contratación con daño para el comprador, que ha podido realizar gastos o perdido otras oportunidades de satisfacer su interés por haber confiado en que celebraba un contrato válido y eficaz. Tendrá por ello una clara responsabilidad *in contrahendo*.

Tanto en un caso como en otro se habla de «pérdida» en general, sin distinguir su causa (destrucción por caso fortuito, por hecho de tercero, etc.), y para su concepto debe aplicarse por analogía el artículo 1.122, regla 2.ª.

Objeto de compraventa puede ser también una cosa futura, ya que con carácter general su aptitud como objeto de contrato la declara el artículo 1.271 (excepto la herencia futura). Hemos de entender por tal la cosa que se espera según el curso natural de los acontecimientos, pero que no existe en el momento de la celebración del contrato (*emptio rei speratae*). Por ejemplo, si A compra a B la cosecha que producirá su finca el año próximo, o si A compra a

B un piso en un edificio que va a construir o está en construcción (Ss. de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970 y 26 de noviembre de 1973).

La circunstancia de ser objeto de compraventa una cosa futura supone que, si no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá su obligación de entrega, quedando sin causa la obligación del comprador de pagar el precio, por lo que se eximirá de su cumplimiento. Excusado es decir que ninguno de los derechos y obligaciones propios de la compraventa se aplican hasta el momento en que exista su objeto. Pero es importante destacar que, precisamente por su índole, la perfección de la compraventa de una cosa futura produce unas obligaciones de hacer en íntima conexión con la finalidad que se persigue; de una parte, la negativa de no impedir el nacimiento de la cosa; de otra, la positiva, usualmente a cargo del vendedor, de desplegar una actividad para que llegue a tener existencia. Su incumplimiento doloso o culposo supondrá y cualificará el incumplimiento de la obligación de entrega, con la consiguiente acción de resarcimiento de daños en favor del comprador.

La compraventa de cosa futura es un negocio atípico por carecer de regulación legal, por lo que habrá que prestar atención a los pactos de las partes para fijar su contenido.

Otro negocio atípico es la llamada *emptio spei*, en la que el comprador se obliga a pagar el precio, llegue a existir o no la cosa. Ejemplo clásico: te doy mil por el producto que obtengas en la pesca de mañana o por lo que cazarás mañana. Esa obligación es la que la diferencia nítidamente de la *emptio rei speratae* y la que separa la figura de la compraventa, pues, si no hay pesca o caza, debe pagarse el precio, lo que lleva a la *emptio spei,* hacia el contrato aleatorio tal y como lo define el artículo 1.790, que examinaremos en su momento. El pago del precio no es entonces obligación que tenga su causa en la entrega de la cosa como en cualquier compraventa.

2.ª La cosa ha de ser determinada. Así lo exige el artículo 1.445, sin que ello signifique que no quepa un contrato perfecto si el objeto es una cosa genérica (mil kilos de trigo, un caballo). Lo único preciso es la operación de concentración de la cosa dentro del género.

En la compraventa ha de cumplirse lo que preceptúa el artículo 1.273 respecto al objeto de todo contrato, que debe recaer en una cosa determinada «en cuanto a su especie», significándose así que la determinación equivale a una fijación o señalamiento de modo que no se confunda con otras (S. de 28 de octubre de 1952).

3.º Ha de tratarse de cosa de lícito comercio por mandato del artículo 1.271.

IV. LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD EN LA COMPRAVENTA

¿Está obligado el vendedor a transferir el dominio de la cosa al comprador? Ante la falta de respuestas expresa en el Código civil, las opiniones negativas o positivas han de fundarse necesariamente en la interpretación que se dé a determinados preceptos de la regulación positiva de la compraventa.

La opinión negativa se fija en los que establecen como obligaciones del vendedor la simple entrega de la cosa vendida (art. 1.461) y la de responder de la posesión «legal y pacífica» (art. 1.474-1.º). Se dice que esta responsabilidad tiene el mismo significado que en el Proyecto de 1851, de donde se toma (art. 1.397.1.º), que no era el de transferir la propiedad. GARCÍA GOYENA, al comentarlo, señala que se acoge la regla romana según la cual el vendedor no está obligado a que el comprador haga suya la cosa, sino su pacífica posesión (D. 19,1,30), que era para él el garantizar esta posesión contra toda inquietación posterior.

Es dudoso, sin embargo, que el Código civil haya seguido en este punto al Proyecto de 1851, pues introduce una importante matización. En él se hablaba sólo de la posesión «pacífica», y en el vigente artículo 1.474.1.º de posesión «legal y pacífica». El calificativo «legal» implica necesariamente que el poder de hecho que puede ejercerse sobre la cosa transmitida deriva de un derecho a tal ejercicio, que aquí sería el de propiedad. La insistencia, por otra parte, en la entrega de la cosa o de su posesión sin referencia para nada a la propiedad se explica si se tiene en cuenta que el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición, y a ello es a lo que presta atención especial el Código civil. Así se comprenden las alusiones que hay en los artículos 1.473 y 1.509 a la transmisión del dominio como efecto de la compraventa, que, sin embargo, eran incoherentes en el Proyecto de 1851.

Aunque se mantuviese la tesis negativa, lo cierto es que en ningún lugar el Código civil prohíbe que el vendedor se obligue a la transmisión del dominio precisamente, obligación que podrá ser expresada o deducida de las circunstancias del caso. Es más, esto es lo que sucede en el tráfico normal y ordinario, hasta el punto de que debe estimarse que es una de las obligaciones que integran el contrato de compraventa, fundada en los usos (vid. art. 1.258)[4].

A) LA VENTA DE COSA AJENA

¿Qué repercusión tendrá en el contrato de compraventa el que la cosa no sea propia del vendedor? El silencio del Código civil es interpretado por la doctrina que niega que el vendedor tenga en él la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador como favorable a su tesis, y, en consecuencia, estima que tal venta es válida y eficaz. No obstante, si el comprador perdiese la cosa por el ejercicio de la acción reivindicatoria, podrá accionar de evicción contra su vendedor, reparándose así los perjuicios que haya sufrido. Si no se

[4] Dice la sentencia de 1 de diciembre de 1986 que «la venta es, por definición, un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa del dominio, que se consuma mediante al entrega de la cosa».

ejercitase por el *verus dominus* la acción reivindicatoria, el comprador podrá adquirir el dominio por usucapión, salvo que esté amparado en su adquisición a *non domino* por los principios protectores de la apariencia (arts. 464 C.c. y 34 L.H.). Por tanto, antes de que se produjesen los hechos de donde surge el derecho de evicción, el comprador carecería de toda acción contra el vendedor aunque descubriese que la cosa no le pertenecía a éste, salvo que el vendedor fuese de mala fe. Todo lo más que tiene es la facultad de suspender el pago del precio según el artículo 1.502.

Sin embargo, no parece que haya una conexión necesaria entre la validez de la venta de cosa ajena y la inexistencia de la obligación del vendedor de transferir la propiedad. El silencio del Código puede deberse a que el contrato de compraventa es meramente productor de obligaciones, el vendedor contrae la obligación de entrega de una cosa, que puede ser entonces de su propiedad o puede adquirirla posteriormente para cumplir con aquella obligación.

Partiendo del presupuesto de que el vendedor contrae esa obligación, el contrato de compraventa que recayese sobre una cosa ajena puede ser anulado antes de que se produzca la evicción, bien por dolo del vendedor (que sabe que no es propia y no lo manifiesta al comprador), o por error del comprador, al creerla del vendedor y por ello celebrar el contrato (art. 1.266, p. 1.º). Si a su perfección siguió la entrega, también podrá resolverse al no haber existido un verdadero y propio cumplimiento de la obligación de dar por carecer el vendedor del poder de disposición de la cosa (art. 1.160). Lo que no parece justo es que el comprador no pueda accionar contra el vendedor hasta que el verdadero dueño le reivindique la cosa.

La jurisprudencia ha seguido una línea dubitativa. Unas veces acudía a la nulidad por error[5], o falta de objeto[6], y otras declaraba la validez en virtud del carácter obligatorio, productor de obligaciones, de la compraventa, y por no haber precepto en el Código civil que determine que el vendedor ha de ser propietario de la cosa. Esta última línea es la que se considera consolidada, si bien se admiten las acciones de nulidad por error cuando comprador y vendedor desconocen la ajenidad de la cosa, o por dolo del vendedor, cuando éste la conoce y no el comprador (S. de 5 de mayo de 1983 y las que cita).

B) El pacto de reserva de dominio

En las ventas cuyo precio se aplaza mientras que el vendedor cumple su obligación de entrega, y como garantía en su favor, se suele pactar que, pese a la transmisión efectuada, el comprador no adquiere el dominio hasta que no pague la totalidad del precio.

[5] Ss. de 26 de junio de 1924 y 19 de diciembre de 1946.

[6] Ss. de 19 de diciembre de 1964 y 9 de mayo de 1980 (el vendedor no tenía poder de disposición).

Este pacto, que ha sido reiteradamente estimado lícito por la jurisprudencia, según la opinión tradicional entraña una condición que afecta sólo a la consumación de la compraventa, que tiene lugar al pagar el último plazo. Es ésta la condición de la que depende la transmisión del dominio (Ss. de 19 de septiembre de 1982 y las que cita). En consecuencia, es eficaz frente a los acreedores del comprador que embarguen el objeto por encontrarse en su patrimonio, siempre que tenga fecha cierta anterior a la ejecución llevada a cabo por aquéllos (S. de 10 de junio de 1958). El vendedor, en esta hipótesis, podrá ejercitar una tercería de dominio para que se reconozca su derecho de propiedad y se alce el embargo por no pertenecer la cosa al ejecutado.

Sin embargo, esta configuración de la reserva de dominio quiebra en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965, en la que al vendedor se le reconoce reserva de dominio, pero su crédito lo puede hacer efectivo sobre el objeto vendido como un acreedor prendario (art. 19), lo que aproxima la reserva a una garantía real mobiliria sin desplazamiento de posesión al acreedor, figura ésta ya regulada en la Ley de 12 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre determinados bienes muebles. El vendedor, pues, sería un acreedor, y el comprador un adquirente del dominio, si bien el objeto comprado está afecto a aquella garantía real hasta el pago total del precio, lo cual parece más lógico desde luego que admitir un acreedor que ejecuta su crédito sobre una cosa de su propiedad. Sin embargo, la jurisprudencia sigue fiel a la teoría tradicional, y declara que la propiedad sigue siendo del vendedor hasta el pago total del precio (Ss. de 9 de abril de 1975, 22 de junio de 1982 y 28 de febrero de 1986).

V. EL PRECIO

El artículo 1.445 dice que el precio en la compraventa debe ser cierto, en dinero o signo que lo represente. Pero no obliga a que cuantitativamente se determine en el momento de la celebración del contrato, siempre que no haya necesidad de un nuevo acuerdo posterior para fijarlo (pues, entonces, no se entendería perfeccionada la compraventa con anterioridad) ni que su señalamiento se deje al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449). En cambio, autoriza a éstos para que pacten en el contrato de compraventa el procedimiento mediante el cual el precio se determinará posteriormente sin influencia exclusiva de sus voluntades. El precio no es determinado, sino determinable, hasta entonces. Así, por ejemplo, cuando se fija con referencia a otra cosa cierta (art. 1.447) o se señala el que la cosa vendida (valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles) tenía en determinado día, Bolsa o mercado o en un tanto mayor o menor que este precio (art. 1.448). Incluso puede pactarse que el precio sea el que viene practicando normalmente el vendedor, si se trata de cosas que éste vende habitualmente (S. de 13 de abril de 1982).

Es lícito remitirse al arbitrio de persona determinada para la fijación del

precio, cuya decisión es obligatoria para los contratantes. Si aquélla no quisiera o no pudiera señalarlo quedará ineficaz el contrato (art. 1.447). El tercero ha de fijar el precio en relación con el momento de la perfección del contrato, salvo pacto en contrario (S. de 21 de abril de 1956). En defecto de expresión sobre el tipo de arbitrio a que debe sujetarse en su actuación esa persona, ha de entenderse que será de equidad, con la posibilidad de impugnar la decisión cuando evidentemente haya faltado a ella (arg. art. 1.690). También procederá la impugnación si no se ha sujetado a las instrucciones que las partes le hayan dado para llevar a cabo su cometido (S. de 22 de noviembre de 1966).

El precio no ha de ser necesariamente el justo. Nuestro Código civil sigue en este punto los principios de la economía liberal, según los cuales las cosas valen lo que por ellas se pagan (S. de 22 de junio de 1979).

No obstante, el intervencionismo del Estado es una realidad constante en nuestro tiempo, y una de sus múltiples facetas la constituye la fijación del precio de los bienes y servicios. ¿Será nula la compraventa con precio superior al legal? La jurisprudencia se orienta actualmente en el sentido de estimar la nulidad parcial de la cláusula relativa al precio y su sustitución por el precio legal (S. de 20 de mayo de 1985 y las que cita). Pero en esta materia debería tenerse en cuenta la regulación legal de la nulidad de los contratos con causa ilícita (arts. 1.305 y 1.306), que se tiende a olvidar por no estimarse justa.

Cuando no exista disposición que controle el precio y, por tanto, se deje su formación al libre juego de las fuerzas del mercado, habrá de estarse a lo prevenido en la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia si mediante ellas se da lugar a la fijación de precios.

VI. LAS ARRAS

Al perfeccionarse el contrato, el comprador suele entregar una suma de dinero en concepto de señal, según el lenguaje usual del tráfico, también denominada más técnicamente arras. ¿Qué significado poseen?

Según el artículo 1.454, «podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». Tienen, pues, las arras una finalidad penitencial, aneja a la facultad que se otorga a las partes para desligarse del contrato (técnicamente resolverlo).

Sin embargo, el criterio de la jurisprudencia no es favorable a la imperatividad del precepto. Antes de su aplicación, ha de verse, según esa línea interpretativa, si las partes han querido las arras como penitenciales, confirmatorias o penales (Ss. de 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970). Si la interpretación no da resultados claros, la línea jurisprudencial predominante es la de que las arras tienen el concepto de anticipo de precio, son confirmatorias de la celebración de un contrato (S. 12 de julio de 1986 y las que cita). Otra línea, sin embargo, es favorable a la aplicación supletoria del artículo 1.454, por ser el único precepto que regula la institución (Ss. de 19 de octubre de 1984 y las que cita).

VII. EFECTOS DE LA COMPRAVENTA

El contrato de compraventa origina el nacimiento de obligaciones sinalagmáticas de carácter principal para el vendedor y comprador, que se pueden resumir escuetamente en la entrega de la cosa y en el pago del precio.

A) Entrega de la cosa

El vendedor tiene como obligación principal la de entregar la cosa objeto del contrato.

a) *Contenido.*—La cosa ha de ser entregada en el estado en que se encontraba al perfeccionarse la venta, con sus frutos, si los produce, desde ese mismo día (arts. 1.468 y 1.095). También han de entregarse sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, si el objeto de la venta es una cosa determinada (art. 1.097).

Bajo el concepto de «accesorios» han de incluirse todos aquellos objetos auxiliares o complementarios sin los cuales quedaría frustrada la finalidad traslativa (S. de 17 de abril de 1964). Así, en la venta de vehículos es necesaria la entrega de la documentación correspondiente para que puedan circular (S. de 5 de noviembre de 1960).

Es discutible, en cambio, si como «accesorios» han de considerarse los llamados «inmuebles por destino» o «pertenencias», es decir, los muebles colocados en el inmueble con vocación de permanencia y que cumplen funciones de uso, adorno o perfección o sirven para su explotación (art. 334.4.°, 5.°, 6.° y 7.°). Teniendo en cuenta que en la época de promulgación del Código civil el criterio legal era el de la extensión de la hipoteca del inmueble a aquellas pertenencias (art. 111, Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869), puede pensarse que éste ha sido también el criterio de la legislación civil por coherencia; carecería de sentido que rigiesen reglas distintas para un negocio de disposición como la hipoteca y para un negocio del que surge una obligación de disponer como la venta.

La normativa del Código civil sobre el contenido o extensión de la obligación de entrega es meramente dispositiva y no imperativa.

b) *Forma.*—Se entiende entregada la cosa, dice el artículo 1.462, párrafo 1.°, cuando la cosa vendida se ponga «en poder y posesión» del comprador. No obstante, la entrega real no es más que uno de los modos de cumplir el vendedor con su obligación. El Código civil admite formas espiritualizadas de entrega, en consonancia con la evolución histórica experimentada por la *tradi-*

tio, de gran importancia práctica, pero sin carácter cerrado y excluyente de otras (S. de 31 de octubre de 1983). Son las siguientes:

1.ª El otorgamiento de la escritura pública de venta que, según el párrafo 2.º del artículo 1.462, equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Para la eficacia del precepto se requiere que el vendedor tenga la posesión en concepto de dueño, por lo que el hecho de que la cosa está poseída por un tercero en virtud de una relación jurídica con aquél (arrendamiento, comodato, etc.) no lo deja inoperante; el vendedor sigue conservando la posesión superior a título de dueño (posesión mediata), aunque la inferior (o inmediata) pertenezca a otro [7]. Todo ello, bajo el presupuesto de que no se hubiese pactado que la posesión que se deba entregar al comprador sea también esta última (p. ej., cuando el vendedor se obliga a transmitir la finca libre de ocupantes, arrendatarios, o titulares de cualquier otro derecho).

La norma establece una equivalencia entre escritura pública y tradición, que sólo puede ser destruida por quien tenga interés demostrando que de la misma escritura resulta claramente lo contrario, o también claramente se deduce esa consecuencia de ella, lo que impone en esta última hipótesis una labor interpretativa que no tiene otro límite que la claridad con que debe brillar su resultado. Por tanto, en la duda habrá equivalencia.

El juego de la presunción no requiere una declaración expresa de las partes de que el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición. Si después del otorgamiento de la escritura el vendedor sigue poseyendo la cosa, lo hará sin ningún título, y será un mero precarista.

2.ª Si el objeto de la venta es un bien mueble, el artículo 1.463, además de la entrega material y la escritura pública, recoge las siguientes formas: la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados; el «solo acuerdo o conformidad de los contratantes», si la cosa vendida no puede trasladarse al comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

Aunque el ensanchamiento de las formas de *traditio* se prevé para los muebles, no hay ningún inconveniente en su adaptación a los inmuebles. ¿Es lógico negar que el acuerdo sirva también si el comprador tenía el inmueble como arrendatario o usufructuario? ¿Tiene sentido negar también que la entrega de las llaves del piso sirva como *traditio* siendo así que entonces se sujeta a la voluntad del comprador y hay una adquisición de posesión según el artículo 438? [8]. Por otra parte, no se alude a la hipótesis de que quien tuviere la cosa no fuera el comprador sino el vendedor, que después de la venta va a seguir poseyéndola por otro título (como arrendatario, como comodatario, etc.). No

[7] Ss. de 17 de diciembre de 1948, 2 de abril de 1957 y 30 de septiembre de 1964.

[8] La Sentencia de 27 de noviembre de 1970 dijo que con la entrega de las llaves, la casa quedó en poder y posesión del comprador.

hay duda de que la *traditio* admite aquí «el solo acuerdo o conformidad de los contratantes», por analogía con lo que ocurre en el caso de que el comprador fuese el que poseía ya la cosa que compra. Si no tiene sentido que entregue la cosa al vendedor para que éste vuelva a entregarla, tampoco lo tiene que sea el vendedor el que lo haga previamente y a continuación se la devuelva el comprador.

3.ª Regla especial dicta el artículo 1.464 para los bienes incorporales. Después de remitirse al párrafo 2.º del artículo 1.462, dice: «En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo vendedor consintiéndolo el comprador.» La norma es aplicable básicamente a los derechos (p. ej., cesión de créditos contra tercero, o constitución de un derecho real de servidumbre de paso sobre finca del constituyente), y no se requiere aquí acuerdo o conformidad alguno para que la entrega de los títulos de pertenencia o el uso del derecho valga como *traditio* [9].

c) *Lugar.*—Las partes poseen libertad para fijarlo. En defecto de pacto regirá la disposición general del artículo 1.171 referido al pago, pero como sinónimo de cumplimiento de obligaciones.

d) *Gastos.*—Son de cuenta del vendedor y los de su transporte o traslado van a cargo del comprador, salvo pacto en contrario (art. 1.465). No obstante, si se ha convenido en hacer la entrega en un lugar determinado, los gastos del traslado a ese lugar son de cuenta, salvo pacto en contrario, del vendedor, porque allí es donde debe cumplir su obligación.

e) *Tiempo.*—Si no existe condición o término; la obligación de entregar nace en el mismo momento de la perfección del contrato. Tanto la obligación de pago de precio como de entrega se generan simultáneamente. Si uno de los contratantes no cumple y exige, en cambio, el cumplimiento al otro (sin ofrecer el cumplimiento simultáneo de la suya), puede oponérsele la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).

f) *Casos en que no procede la obligación de entrega.*—El vendedor está autorizado para no cumplir su obligación de entrega en los siguientes casos:

1.º Cuando el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (art. 1.466). Como norma general rige la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas emanadas de la compraventa. Si el comprador no cumple, el vendedor no debe realizar su prestación. La simultaneidad quiebra al señalarse un plazo para el pago del precio (precio aplazado) o al convenirse que el vendedor anticipe su prestación.

2.º Aunque se haya aplazado el precio, no tiene obligación de entrega si

[9] La sentencia de 22 de abril de 1980 (y las que cita) hace una aplicación de la equivalencia entre tradición y entrega de títulos de pertenencia a la venta de una finca en documento privado con entrega por el vendedor de la primera copia de la escritura pública donde consta su título de adquisición.

después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre el riesgo inminente de perder el precio. Se exceptúa el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido (art. 1.467). Basta, pues, que la insolvencia se *descubra después* de perfeccionada la venta, no importa que sea anterior o posterior a ese momento.

Por insolvencia se ha de entender una situación deficitaria del patrimonio del deudor para atender a sus obligaciones (v. gr., porque tenga embargados sus bienes; porque los embargos han sido infructuosos; porque ha obtenido el beneficio de justicia para litigar, etc.). Pero no basta la insolvencia; es necesario que el vendedor corra un riesgo inminente de perder el precio.

g) *Obligación de otorgar escritura pública.*—El vendedor está obligado al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y a ello puede compelerle el comprador desde que se ha perfeccionado el contrato (art. 1.279 en relación con el art. 1.280.1.°). No obstante, es admisible el pacto, usual por otra parte, en cuya virtud el otorgamiento quede pospuesto hasta el momento en que el comprador haya cumplido por completo su obligación de pago. Por supuesto, el vendedor goza también de aquella facultad frente al comprador.

El incumplimiento por el vendedor de su obligación, ¿faculta al comprador para la resolución del contrato o solamente para exigir judicialmente su cumplimiento? Depende de la conceptuación que se le dé; si es obligación principal o accesoria. La jurisprudencia no es unánime (la sentencia de 30 de noviembre de 1974 autoriza la resolución, pero la de 16 de enero de 1975 dice que no es obligación principal y la deniega). Habrá que ver la importancia que para el comprador pueda tener en las concretas circunstancias del contrato el que posea escritura pública para decidir sobre ese dilema (p. ej., si la falta de escritura le impide obtener un crédito para hacer frente al pago del precio aplazado, ciertamente será principal la obligación de otorgársela el vendedor), salvo el supuesto de que se haya pactado que el no otorgamiento será causa de resolución del contrato.

¿Está obligado el vendedor al otorgamiento en condiciones que permitan al comprador inscribirla en el Registro de la Propiedad tratándose de la venta de inmuebles? Ello implica la necesidad de que el vendedor tenga su título inscrito, porque de otra manera no hay posibilidad de que inscriba el comprador al no cumplirse las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20, párrafo 1.°, de la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia está dividida (la sentencia de 7 de mayo de 1986 mantiene la opinión afirmativa, y la de 19 de mayo de 1988 la negativa). Teniendo en cuenta que la inscripción no es obligatoria en nuestro Derecho como principio general, no hay razón para obligar al vendedor al otorgamiento de la escritura en aquellas condiciones, es decir, a que inscriba previamente su derecho en el Registro. El comprador, si falta la previa inscripción del vendedor, podrá obtenerla acudiendo por analogía al procedimiento regulado en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario, dictado para el supuesto de que el titular de un derecho real no pueda inscribirlo porque no está inscrito antes el dominio que dicho derecho limita o grava.

B) La obligación de entrega de relación con la cabida en la compraventa de inmuebles

a) *Problemas de cabida* [10].—Nuestro Código civil dedica a esta materia los artículos 1.469 a 1.471, debiendo precisarse que esa normativa se refiere a problemas de cabida en la venta de inmuebles específicos, y más concretamente, a una diferencia entre la cabida efectiva o real en el momento de la conclusión del contrato y la que se estimó que tenía erróneamente entonces. No se trata, pues, de una divergencia entre la cabida del inmueble en aquel momento y el de la entrega, que daría lugar a un incumplimiento de esta obligación con un régimen jurídico distinto (S. de 4 de abril de 1979).

Las hipótesis previstas son las siguientes:

1.ª Venta de un inmueble con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número. La constancia de estos datos (cabida y precio por unidad) constituyen factores decisivos para las partes.

El párrafo 2.° del artículo 1.469 resuelve el problema de que la cabida real sea menor, preceptuando que «tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuere posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte en la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble». En cambio, si la cabida es mayor de la expresada en el contrato, seguía el artículo 1.470, «el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte...; pero, si excediere..., el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato».

2.ª Venta de un inmueble por un precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número. Es la llamada «venta como cuerpo cierto» de la que se ocupa el artículo 1.471 bajo el presupuesto de la irrelevancia de la cabida. El hecho de establecerse el precio alzado es lo decisivo para configurarla [11]. Si constase la cabida, ello no sería más que un elemento descriptivo del objeto de la compraventa, sin ninguna trascendencia contractual. De ahí que el párrafo 1.° del artículo 1.471 disponga que no habrá lugar a aumento ni disminución de precio, «aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato».

---

[10] Las cuestiones sobre la cabida requieren una idea de lo que por ella ha de entenderse, SANAHUJA SOLER *(Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles,* en «Estudios sobre el contrato de compraventa», Colegio Notarial de Barcelona, 1947, pág. 185) dice que la cabida se refiere a la superficie horizontal de los inmuebles, y si el terreno presenta desniveles, ha de circunscribirse a la del plano horizontal formado por proyecciones de los contornos del inmueble.

[11] Es una presunción absoluta de venta como cuerpo cierto contra la que ni el vendedor ni el comprador pueden articular prueba en contrario (Ss. de 26 de junio de 1956 y 4 de abril de 1979).

Ahora bien, el párrafo 2.° del citado artículo contiene una norma aparentemente contradictoria con lo anteriormente expuesto, pues dice: «... si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló». La contradicción es, efectivamente, aparente. Estamos ante la venta de un cuerpo cierto también, pero aquí la particularidad reside en que *no se pueden* entregar los números o la cabida que está dentro de los linderos (p. ej., porque hay un enclave propiedad de tercero), que es a lo que está obligado el vendedor, coincida o no con la cabida referida en el contrato.

¿Cuál es el fundamento de las acciones que concede el Código civil en los supuestos estudiados? La jurisprudencia ha sentado la doctrina de que «por ser razonable presumir en numerosos casos que el contrato se hubiera concluido lo mismo aunque las partes hubieran conocido a tiempo la medida exacta, el legislador adopta, en vía normal y presuntiva, la configuración del mero error de cálculo, que deja en pie el contrato y puede conducir al máximo, con su rectificación, a una correspondiente modificación del precio». (Ss. de 26 de junio de 1956 y 4 de abril de 1979). Pero si estamos ante un juego de presunciones, no puede por menos de ser relevante una voluntad expresa o tácita de dar relevancia a la cabida indicada en el contrato y, por tanto, a su inexactitud. No puede, en otras palabras, pretenderse que la normativa del error o dolo quede desplazada en todo caso (de «demasiado general» califica esta tesis la sentencia de 16 de diciembre de 1975).

Una hipótesis por completo distinta de todas las anteriores es la venta a medida, que recae sobre una cantidad a separar de una masa mayor (p. ej., se venden diez hectáreas de una finca que tiene cincuenta). Es productora de una obligación que habrá de concentrarse mediante la separación. Por esta razón en esta venta, si lo recibido por el comprador es una cantidad menor, lo que se produce es un propio y verdadero incumplimiento de la obligación de entrega, mientras que en las ventas inmobiliarias específicas, precisamente porque el objeto contractual existe ya al celebrarse el contrato, el problema se plantea en la línea de formación de la voluntad y de sus errores.

b) *Problemas de calidad.*—Hasta aquí hemos contemplado los problemas de los excesos o defectos de cabida en la venta de inmuebles, pero hay que advertir que el artículo 1.469 se ocupa también del régimen del defecto de calidad, exclusivamente en las ventas a razón de un precio por unidad de medida o número, y para limitar más el supuesto, sólo cuando «alguna parte» de la cabida no sea coincidente con la calidad expresada en el contrato. En él, su párrafo 3.° aplica la misma regla que al defecto de cabida, sobre la base de que el defecto de calidad da lugar a una disminución del valor de la cosa (se

ha estipulado el precio basándose en una superior). Piensa MANRESA acertadamente que la norma no abarca la hipótesis de que la diferencia de calidad no está en alguna parte de la cosa vendida, sino en su totalidad. En tal caso, podrá haber error del comprador o dolo del vendedor (o incumplimiento, decimos nosotros) que se regirá por las normas generales.

> La sentencia de 16 de marzo de 1979 dice que «en el orden normal de las cosas es correcto el criterio interpretativo *ad homine* de que cuando el terreno vendido tiene varias calidades, el precio unitario fijado al metro cuadrado es la resultante de la diversidad cualitativa». Este criterio, que reduce considerablemente el campo de aplicación del artículo 1.469, p. 3.°, se adecúa al caso del litigio: compra de una finca a razón de un precio por unidad de medida para edificar, resultando que parte de ella era inservible para este uso. Se probó en el pleito que el precio era muy bajo si no se hubieran tenido en cuenta los defectos de parte del terreno, y que los compradores, constructores de profesión, forzosamente tenían que conocer esta circunstancia.

Hasta aquí el defecto de calidad *en parte* de la cosa vendida. Pero ¿y el exceso? MANRESA y MUCIUS SCAEVOLA son partidarios de la aplicación analógica de la regla sobre la mayor cabida del artículo 1.470. Esa superior calidad eleva el valor de la cosa.

c) *Venta de dos o más fincas por un solo precio.*—El párrafo 2.° del artículo 1.471 aplica en este caso la misma doctrina de la venta de cuerpo cierto.

d) *Prescripción de las acciones.*—Según el artículo 1.472, las acciones que nacen de los artículos 1.469, 1.470 y 1.471 *prescriben* a los seis meses contados desde el día de la entrega. Sin embargo, sabiendo la inexacta terminología del Código civil, más que ante un plazo de prescripción cuando el comprador solicita, con palabras del Código, «la rescisión, desistimiento o anulación» —una muestra más del escaso rigor terminológico—, el plazo debe de estimarse de caducidad, puesto que se trata del ejercicio de un derecho potestativo de modificación de la situación jurídica creada por el contrato de compraventa (vid. S. de 11 de mayo de 1966).

C) EL PAGO DEL PRECIO

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Si no se hubieran fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida (art. 1.500), pues la compraventa se habrá pactado entonces sin aplazamiento de la obligación del pago del precio, ni tampoco de la entrega de la cosa, en otras palabras, el cumplimiento de ambas debe ser simultáneo.

El Código civil parte del principio de que el precio aplazado no devenga intereses. Unicamente pone a cargo del comprador la obligación de su abono en los siguientes casos: 1.° Si así se hubiera convenido. 2.° Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta, por compensación al derecho de aquél de

hacerlos suyos (art. 1.095). 3.° Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100 (art. 1.501).

Según el artículo 1.502, «si el comprador fuese perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o peligro, a no ser que afiance la devolución del precio, en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago».

Esta facultad de suspender el pago del precio indica que en la compraventa de la que parte el artículo 1.502 se ha aplazado total o fraccionariamente, pero el comprador ha recibido la cosa. Además, únicamente podrá ejercitarse cuando se haya dirigido contra él una acción reivindicatoria o hipotecaria [12] o tenga el temor fundado de ser perturbado en el futuro por su ejercicio, sin que sean de apreciar las suspicacias de compradores desconfiados y pesimistas ni puede servir de pretexto para abusos maliciosos y resistencias injustificadas (S. de 25 de junio de 1964).

Se exige también que las causas de perturbación que sufre o pueda sufrir el comprador han de ser anteriores a la venta y que la suspensión del pago del precio se comunique al vendedor, pues ni puede ser indefinida ni subsistir cuando ese vendedor afiance la devolución del precio, lo que no podría hacer si no se le notificase el ejercicio de esta facultad suspensiva (S. de 25 de junio de 1964).

La suspensión del pago del precio la subordina la jurisprudencia a que la hipoteca o causa por la que el tercero reivindique no hayan sido declaradas por el vendedor, pues si lo hubiera hecho, el comprador de nada tiene que quejarse (Ss. de 15 de febrero de 1958 y 8 de mayo de 1965). Otra cuestión distinta es si figuran inscritas en el Registro antes de la perfección de la venta (lo que es obligado en la hipoteca por la naturaleza constitutiva que posee su inscripción) y el vendedor no las declarase. La aplicación del artículo 1.502 debe ser coherente con la solución que se dé posteriormente para un problema análogo que recoge el artículo 1.483, pensado para el supuesto de que las cargas inmobiliarias estén inscritas, pero no hayan sido declaradas por el vendedor, que creemos no imposibilita la aplicación del precepto. Aquí basta con resaltar, en pro de esta idea, que la hipoteca tiene que constar necesariamente inscrita porque la inscripción registral es constitutiva del derecho; el comprador pudo conocerla consultando al Registro y, sin embargo, el artículo 1.502 le otorga la facultad de suspender el pago del precio.

[12] La sentencia de 31 de octubre de 1987 autoriza la suspensión cuando el comprador ve embargado el objeto por deudas del vendedor.

La de 11 de enero de 1979 no la autoriza en un supuesto en que el comprador tenía que judicialmente se ordenase la demolición del inmueble, que podía afectar a su apartamento, por infracciones urbanísticas del vendedor.

D) La distribución de los gastos

Los gastos del otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario (art. 1.455).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa,* R. G. L. J., 1947, I, p. 409; AMORÓS GUARDIOLA: *El pacto de reserva de dominio en la compraventa de inmuebles,* R. C. D. I., 1972, p. 9; BADENES GASSET: *El contrato de compraventa,* Madrid, 1969: BALDÓ DEL CASTAÑO: *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías,* Madrid, 1974; BERCOVITZ: *La cláusula de reserva de dominio,* Madrid, 1971; CALONGE: *La compraventa civil de cosa futura,* Salamanca, 1963; CANDIL: *Pactum reservati dominii,* 1915; DEGNI: *La compraventa,* trad. esp. con notas de Bonet Ramón, Madrid, 1957; DÍEZ-PICAZO: *La prohibición de comprar, impuesta a los mandatarios,* A. D. C., 1965, p. 641; *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos,* Barcelona, 1957; *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español,* A. D. C., 1966, p. 555; FERNÁNDEZ RUIZ: *La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia,* en «Estudios J. Garrigues», t. 2, p. 239; GARCÍA CANTERO: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 19, Madrid, 1980; GARCÍA VALDECASAS: *La prohibición de comprar a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* R. D. P., 1960, p. 499; GORDILLO CAÑAS: *La nulidad parcial del contrato con precio legal,* A. D. C., 1975, p. 101; *Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor «non dominus»,* A. D. C., 1984, p. 564; HERNÁNDEZ GIL: *Las arras en el Derecho de la contratación,* Salamanca, 1958; LUZZATTO: *La compraventa según el nuevo Código civil italiano,* trad. esp. con notas de Bonet Ramón, Madrid, 1953; MOLINA GARCÍA: *La doble venta a través de la jurisprudencia,* Madrid, 1975; ROCA SASTRE: *La venta de cosa ajena,* en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1, p. 363; ROGEL: *La compraventa de cosa futura,* 1975; ROYO MARTÍNEZ: *Notas sobre la función de las arras en la contratación,* Sevilla, 1949; TORNO MAS: *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas,* Bolonia, 1982.

21. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA
(Continuación)

I. EL SANEAMIENTO

El vendedor no está sólo obligado a la entrega de la cosa vendida al comprador, sino a su saneamiento (art. 1.461). Debe responder, según el artículo 1.474: 1.° De la posesión legal y pacífica de aquella cosa. 2.° De los vicios o defectos ocultos que tuviere.

A) LA EVICCIÓN

La obligación de responder por evicción deriva de la de responder de la posesión legal y pacífica de la cosa entregada.

a) *Definición y requisitos.* Tendrá lugar la evicción «cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada» (art. 1.475, p. 1.°).

La privación ha de ser de todo o parte de la cosa y en virtud de un derecho anterior a la compra (v. gr., acción reivindicatoria o acción hipotecaria). Se excluye del ámbito de la evicción la pérdida de la posesión por el ejercicio de un interdicto de recobrar, porque en estos juicios interdictales no se ventilan nunca cuestiones relativas al derecho sino al mantenimiento de un *statu quo* perturbado. El comprador tendrá derecho a exigir del vendedor el cumplimiento de la obligación de garantizarle la «posesión legal» de la cosa que le entregó, lo que obligará a éste a recuperarla del tercero y a indemnizar daños y perjuicios. Pero no podrá pedir la resolución del contrato porque no hay un obstáculo que de modo definitivo impida el cumplimiento frustrando su interés, dado que las sentencias en los juicios interdictales no dan lugar a cosa juzgada, y permiten por ello el planteamiento en el juicio declarativo correspondiente de las peticiones sobre el derecho de propiedad.

Para que el comprador pueda proceder por evicción contra el vendedor es requisito indispensable que a éste se le haya notificado la demanda (art. 1.481). Consecuencia lógica en tanto el vendedor está en mejores condiciones para rebatir las argumentaciones del tercero y ayudar así al comprador. La progresiva sentencia de 10 de mayo de 1966 también condena por evicción al vendedor aunque no haya habido notificación de la demanda, si estaba enterado de ella y proporciona al comprador, sin intervenir en el pleito, los medios de defensa o ataque frente al tercero.

La notificación de la demanda al vendedor ha de ser pedida por el comprador demandado al órgano judicial dentro del período que señale para contestar a la demanda (art. 1.482, p. 1.°), con lo que se abre *la posibilidad* (no la obligación) de que el primero intervenga en el proceso, adquiriendo la condición de parte procesal si en él comparece [1].

Si el vendedor citado de evicción no comparece en tiempo y forma, dice el último párrafo del artículo 1.482 que «continuará, respecto del comprador, el plazo para contestar a la demanda», que había quedado en suspenso por la notificación. Pero no debe privarse al comprador de la evicción si se allanó a la demanda porque no tenía posibilidad de defenderse solo, aunque correrá a su cargo la prueba de esta circunstancia si quiere que su pretensión contra el vendedor prospere. Tampoco debe estar obligado al agotamiento de todos los recursos contra la sentencia antes de proceder de evicción, si eran temerarios o inútiles.

El obligado a la evicción es el vendedor respecto a su comprador. No obstante, se discute si este último puede dirigir su demanda de evicción contra otro transmitente anterior de quien llega a conocer que procede el vicio que le toca sufrir a él con la privación de la cosa. La jurisprudencia responde negativamente, salvo en los supuestos en que aquel transmitente se haya obligado frente a su comprador a responder de evicción a los adquirentes sucesivos, o el vendedor haya cedido expresamente su acción contra el que a él le transmitió (Ss. de 26 de diciembre de 1896 y 27 de enero de 1.897) [2].

b) *Pactos sobre la obligación de sanear por evicción.* La obligación de responder por evicción no es esencial a la compraventa sino natural. De ahí que sean válidos los pactos que tengan por objeto su aumento, disminución o supresión (art. 1.475, p. 3).

El aumento o disminución tanto puede referirse al contenido de la obligación, como a la extensión de los supuestos en que la evicción tendrá lugar (p. ej., si es despojado de la mera posesión por un interdicto). El aumento del contenido de la obligación debe verse como una cláusula penal (RUBINO). Así, v. gr., se pacta que en lugar del precio actual de la cosa deberá abonarse al comprador el mayor que alcanzó desde la perfección de la compraventa hasta que tuvo lugar la evicción.

El pacto de supresión de la responsabilidad por evicción, que el Código llama renuncia a ella, no evita que el vendedor responda del precio de la cosa al ocurrir, «a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conoci-

[1] Respecto a los problemas procesales del art. 1.482, SERRA DOMÍNGUEZ: «*Intervención del vendedor en el proceso de evicción*», en su libro «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969.

[2] Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial es contradictoria con la mantenida en la venta inmobiliaria, cuando el que ha comprado al promotor-vendedor de los pisos, enajena a su vez a un tercero. El Tribunal Supremo no ve ningún inconveniente en que ese tercero ejercite las oportunas acciones por deficiencias en la construcción, ruina, goteras, humedades, etc., contra el primer vendedor, aunque no contrató con él. Afirma que con la enajenación del piso se le han transmitido todas las acciones que garantizan o protegen su dominio (Ss. de 1 de abril de 1977, 21 de abril de 1981 y 8 de febrero de 1982), lo que igualmente debería valer en el caso de evicción.

miento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias» (art. 1.477). Además, la validez del pacto (no de todo el contrato) se subordina a que el vendedor sea de buena fe (art. 1.476).

Se distingue, pues, entre la venta en la que se renuncia simplemente a la evicción, y la venta en que tal renuncia se hace «con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias», que debe interpretarse como conocimiento por el comprador de las causas de evicción, no de los efectos jurídicos que se producen si tiene lugar. Este pacto da un marcado carácter de aleatoriedad al contrato de compraventa.

Si el comprador sabe que la cosa es ajena pero no ha pactado en las circunstancias antedichas que excluyen todo derecho a la evicción, ¿podrá reclamarla del vendedor? GARCÍA GOYENA era partidario de la opinión afirmativa, al comentar el artículo 1.400 del Proyecto de 1851, que es el precedente del actual artículo 1.477, por ser más conforme con la equidad: además, agregaba, «el ánimo de donar no se presume, mientras pueda interpretarse el acto en cualquier otro sentido, y el comprador pudo esperar que la propiedad de la cosa recaería después en el vendedor, y de consiguiente subsistiría la venta». Pero todo ello lo entendía sin perjuicio de la aplicación de los artículos 1.192 y 1.193 del Proyecto, que son los artículos 1.305 y 1.306 actuales, es decir, sin desplazar la reglamentación de los contratos con causa ilícita o torpe.

c) *Contenido de la obligación del vendedor.* El artículo 1.478 fija las consecuencias legales de la responsabilidad por evicción en el derecho del comprador a exigir del vendedor los siguientes reembolsos:

1.° El precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, sea mayor o menor que el de la venta.

2.° Los frutos o rendimientos si se le hubiere obligado a entregarlos al que lo haya vencido en juicio. Hay que interpretar que el Código se refiere en términos generales a las consecuencias de la liquidación del estado posesorio entre actor y comprador demandado de evicción (arts. 451 y ss.).

3.° Las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, las del seguido contra el vendedor para el saneamiento. Y ello aunque el vendedor haya comparecido en el primer pleito para defender al comprador (S. de 24 de diciembre de 1909).

4.° Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.

5.° Si el vendedor es de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses [3] y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato que hubiere efectuado en la cosa (si, en este último caso, no ha podido ejercitar el *ius tollendi* respecto al vendedor: art. 454).

d) *Evicción parcial.* Cuando por consecuencia de la evicción se haya perdido una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo, que sin dicha parte no se hubiese comprado, el comprador podrá exigir la rescisión del contrato devolviendo la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla (art. 1.479, p. 1.°). Esto mismo se observará cuando se vendiesen dos o más cosas conjuntamente por un precio alzado o particular para cada una de ellas, si constase claramente que el comprador no habría comprado la una sin la otra (art. 1.479, p. 2.°).

Esta normativa es una especialidad de la evicción. Hay que tener en cuenta que la privación parcial de la cosa simplemente da lugar a esa evicción (arts. 1.475 y 1.480), lo que llevará consigo una adaptación del artículo 1.478. Aquella especialidad reside en la acción que se concede al comprador, que el Código llama con impropiedad rescisoria, siendo así que debe ser anulatoria (por error). Sin embargo, otras opiniones doctrinales la califican de resolutoria, lo que tiene importancia sobre todo en orden al plazo de ejercicio (4 años si se considera anulatoria, art. 1.301; 15 años si se estima resolutoria, art. 1.964).

e) *Duración.* La acción del comprador contra el vendedor por razón de evicción no tiene un plazo específico de ejercicio, por lo que se aplicará el de quince años (art. 1.964).

f) *La evicción en las ventas judiciales.* Así como en las ventas judiciales el Código civil admite expresamente el saneamiento por defectos ocultos (art. 1.489), guarda silencio sobre la procedencia de la evicción. La jurisprudencia es favorable a esa admisibilidad, al igual que la doctrina [4]. Dice en términos generales la sentencia de 26 de octubre de 1912, que la venta mediante la autoridad judicial no confiere al comprador privilegios o facultades que excedan de las comunes u ordinarias de todo contrato de compraventa.

g) *La evicción por hecho propio y personal del vendedor.* No es admisible en nuestro sistema que el propio vendedor pueda perturbar la posesión legal y pacífica del comprador. Así, en el caso más típico de que aquél hubiese enajenado una cosa que no le pertenecía y después adquiere su propiedad, no cabe que la reivindique al comprador. Aparte del fundamento positivo (el art. 1.475 exige que el derecho sea anterior a la venta), la regla que prohíbe ir contra los propios actos sancionará tal conducta [5].

B) EVICCIÓN DE CARGAS

Por lo que respecta a las cargas que disminuyen el goce, utilidad o disposición de la cosa, el Código civil no recoge esta hipótesis como causa de evicción, siguiendo al Proyecto de 1851, que se apartó aparentemente del Código

[3] La expresión «abono de daños e intereses» equivale a indemnización de daños y perjuicios, indicando los «intereses» las ganancias dejadas de obtener o lucro cesante (S. de 10 de octubre de 1980).

[4] Vid GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *La enajenación forzosa,* Pamplona, 1966, pp. 130 y ss.

[5] ESPÍN CÁNOVAS: *Garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta,* R.D.P., 1965, pp. 469 y ss.

francés, su modelo preferido. Parece como si su intención hubiera sido la de llevar el tema al saneamiento por vicios ocultos, al igual que en aquel Proyecto, según muestra la rúbrica que encabezan los artículos que a él dedica («Del saneamiento por los defectos o *gravámenes ocultos de la cosa vendida*»). Sin embargo, también como en su precedente, incluye un supuesto especial de cargas (art. 1.483) en el saneamiento por evicción [6]. Vamos primero a analizar ese supuesto y su paralelo en la legislación urbanística.

a) *El deber de manifestación de las cargas inmobiliarias.*—Dice el párrafo 1.° del artículo 1.483 C.c.: «Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo en la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiese conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente».

No hay duda de que está ante un error del comprador o un dolo del vendedor ante una circunstancia muy relevante [7], que autorizaría una anulación del contrato de acuerdo con las reglas generales, pero que por las circunstancias que a continuación se dirán sufre una desviación.

El centro de gravedad del precepto parece radicar en que el vendedor no ha declarado las cargas o servidumbres no aparentes, y por eso el comprador las desconoce, pero si así fuere, no se explicaría: bastaba con permitir la anulación del contrato. ¿Por qué, en su lugar, se sanciona al comprador con un recorte en el plazo del ejercicio de acciones? Si, por otra parte, se trata de cargas sobre inmuebles, ¿es que el comprador que no consulta el Registro de la Propiedad está protegido con el artículo 1.483 aunque la carga figure en él?

La norma no se entiende si no se examina su génesis histórica, como ha demostrado DE ANGEL YÁGÜEZ [8]. Su antecedente casi literal es el artículo 1.405 del Proyecto de 1851, que GARCÍA GOYENA justificaba diciendo que con las normas sobre publicidad registral que dicho Proyecto introducía, iba a ser fácil a todo comprador conocer el estado jurídico del inmueble que adquiere. Es decir, el Proyecto optó por una vía intermedia; ni responsabiliza exclusivamente al comprador por no haber consultado el Registro negándole toda acción, ni responsabiliza sólo al vendedor por no declarar las cargas. En suma, el artículo 1.405 se estructuró sobre el presupuesto de que la carga está inscrita, pero el vendedor no la declara, acortándose la duración de la acción

[6] La sentencia de 5 de diciembre de 1985 declara que la privación al comprador de una servidumbre de luces y vistas por el propietario que debía soportarla, no es un supuesto de vicios ocultos sino de evicción, pues el saneamiento de aquéllos tiene por fin asegurar la posesión útil de la cosa frente a perturbaciones económicas. Se refiere, en otras palabras, a anomalías o defectos de orden económico.

[7] Obsérvese que en el art. 1.483 no hay la otra alternativa del art. 1.484 («o hubiese dado un menor precio por ella»). Por tanto, es que la finca objetivamente no le interesa sea cual fuere su precio.

[8] *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código civil* R.C.D.I. 1971, pp. 1.345 y ss.

«rescisoria» de la venta y la de la acción indemnizatoria. En realidad la norma devaluaba en última instancia el sistema de publicidad registral, al no sancionar con privación de acciones al comprador negligente en la consulta al Registro, y es contradictoria en sí misma puesto que le sanciona cuando la carga o servidumbre es aparente, es decir, *pudo haberse conocido*. Tanto falta a la buena fe el vendedor que no declara en un caso como en otro.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 1.483 no será aplicable:

a) Si la carga estuviese inscrita pero el vendedor declara que está extinguida en la realidad civil. Cuando esa declaración no fuese verdadera, el comprador que ha confiado lícitamente en un recto proceder del vendedor [9], debe poder actuar la acción de nulidad por error suyo excusable o por dolo del vendedor, no ver disminuida su protección con el artículo 1.483. O bien la acción de cumplimiento (que la finca se le entregue sin cargas) o de resolución por incumplimiento del vendedor (ha entregado la finca no libre de cargas).

b) Si el vendedor no declara la existencia de la carga y ésta no figura inscrita. No olvidemos que el presupuesto de la norma es el contrario: la carga está inscrita y, por tanto, ha de ser *respetada* y *soportada* por todo adquirente.

c) Si el vendedor ha vendido la finca libre de toda carga o con unas determinadas entre las que no se encuentra la que después de perfeccionada la venta se descubre. El comprador debe poder ejercitar la acción de cumplimiento de lo convenido, bien en forma específica o por equivalente, o la de resolución del contrato por incumplimiento del vendedor [10].

La jurisprudencia propende a la exclusión del artículo 1.483 cuando la carga está inscrita en el Registro, si bien otorga al comprador la acción de cumplimiento a la que nos hemos referido anteriormente [11].

El comprador, que se ve perjudicado porque ha de soportar la carga inscrita y ha pagado por la finca un precio en cuyo cálculo no ha entrado esa circunstancia, tiene opción entre una acción «rescisoria» (anulatoria propiamente) y una acción indemnizatoria de daños y perjuicios. En el cómputo de los plazos existe una cierta oscuridad. Los párrafos 2.° y 3.° del artículo 1.483 disponen: «Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización, dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la

[9] Dice la sentencia de 20 de enero de 1.964 que «no es obligada la duda de la buena fe de aquel con quien se contrató», ante la alegación de los vendedores demandados de que los compradores demandantes no se debieron confiar en las informaciones que ellos les dieron, y debieron informarse por sí mismos de la situación urbanística de las fincas vendidas.

[10] En realidad siempre serán reconducibles los casos litigiosos a este supuesto, porque por definición el vendedor que no declara las cargas en la descripción del inmueble y lo transmite tal y como lo ha descrito, está obligado al cumplimiento de la obligación de entrega en esos mismos términos.

[11] Vid. DE ANGEL YÁGÜEZ: *Algunas consideraciones...*, cit. en nota 8, y sentencias de 12 de marzo y 5 de diciembre de 1985.

carga o servidumbre». No son plazos sucesivos, sino parcialmente coincidentes. El de «rescisión» se extingue inexorablemente por caducidad al cabo de un año, pero es inverosímil que el legislador no haya considerado que dentro de ese año se produce el descubrimiento de la carga, aunque por la ambigüedad de este hecho y su difícil demostración quede en la mayor parte de las ocasiones a voluntad del comprador el inicio del cómputo de la acción indemnizatoria. Por otra parte, conviene matizar que si bien el artículo 1.483 se refiere siempre a la «escritura», debe interpretarse que es a la perfección del contrato, en cualquier forma en que haya sido (S. de 11 de mayo de 1933).

La acción rescisoria no es ni tiene que ser incompatible con la indemnización de perjuicios por el hecho de que caducada la primera sólo se puede ejercitar la segunda.

Las cargas son los derechos de terceros *que han de afectar a los sucesivos adquirentes del inmueble* (anotaciones de embargo, hipotecas, etc.), y lo mismo pueden ser establecidas por los particulares que por la ley. En cuanto a estas últimas, sin embargo, hay que comprender en el precepto las que con anterioridad a la venta están en trámite de constitución, en otras palabras, existe una señalada afección de la finca.

¿*Quid* si en el contrato se declara de forma genérica que la finca se vende con todas sus cargas o servidumbres, activas y pasivas? No debe excluirse la responsabilidad del vendedor al no especificarse las cargas, única manera de que el comprador pueda conocer el estado de la finca que adquiere.

b) *El deber de manifestación de los vínculos urbanísticos.*—El estudio del artículo 1.483 C.c. debe de ser completado con alguna referencia al artículo 62 de la Ley del Suelo.

Sabido es que el planeamiento urbanístico configura la propiedad urbana. Por eso dice el artículo 76 L.S.: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.» Precisamente porque los límites, deberes y cargas configuran el objeto de la propiedad urbana, siguen gravando a cualquier propietario (art. 88 L.S.).

Las enajenaciones de terrenos obligan al enajenante a reflejar en el negocio jurídico algunas particularidades, las más sobresalientes, de su estatuto jurídico, y ello pese a que la Ley del Suelo organiza su sistema de publicidad, de carácter administrativo, al declarar públicos los planes urbanísticos con sus normas, de modo que cualquier persona pueda en todo momento consultarlos e informarse en el Ayuntamiento del término a que se refieran (art. 55 L.S.). En tal sentido, es de destacar que el artículo 62 L.S. no condiciona para nada sus efectos al hecho de que adquirente conozca o pueda conocer la situación urbanística del terreno.

El citado artículo 62 L.S. dispone:

1. «El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación.»

> Los edificios o industrias fuera de ordenación son los erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan que resultaren disconformes con el mismo, y por ello el propietario está sujeto a una serie de limitaciones (art. 60 L.S.).

2. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular, deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación de la misma y las cláusulas de él que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos a asumir con los adquirentes.

3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización, deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiese asumido en orden a la misma, y cuyo cumplimiento esté pendiente.

La infracción de cualquiera de estas condiciones determina, según el párrafo 4.° del artículo 62 L.S., el nacimiento para el adquirente de la facultad de «resolver el contrato, en el plazo de un año a contar desde la fecha del otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado». Esta facultad debe reconocerse, por analogía, en situaciones en las que el objeto de venta esté afectado por normas urbanísticas (p. ej., local construido sin licencia municipal).

> Nos encontramos en presencia de una normativa diferente, aunque de algún modo paralela a la del artículo 1.483. Este último precepto es de carácter genérico y se aplica a toda clase de ventas de fincas, mientras que el artículo 62 L.S. es mucho más especial en cuanto al objeto, pero más amplio en lo que concierne al tipo contractual (enajenación y no necesariamente venta). Divergen también en orden a la calificación que atribuyen a la (acción rescisoria en el 1.473 C.c. y resolutoria en el 62 L.S.). Además, en el primero la solución es opcional (rescindir o solicitar indemnización), mientras que en el segundo es cumulativa (resolver y exigir la indemnización).

c) *Otras consecuencias de las cargas.*—Hasta aquí hemos visto la evicción de cargas inmobiliarias, pero cabe preguntar si el artículo 1.483, o su paralelo el artículo 62 L.S., es la única normativa aplicable, por lo que una carga inmobiliaria que no tuviese una intensidad suficiente para poder decir que el comprador no hubiera adquirido la cosa de haberla conocido tendría que ser soportada por él sin ningún derecho contra el vendedor. La solución debe hallarse por deducción del artículo 1.483. Si la carga no está declarada por el vendedor, aunque figure inscrita en el Registro de la Propiedad, dará lugar a la evicción. Sin embargo, de acuerdo con la línea jurisprudencial según la cual el artículo 1.483 no es aplicable en ese caso, pues el comprador pudo conocerla, a éste no le quedará más vía que la acción de cumplimiento del contrato, es decir, que el vendedor le entregue la cosa en las condiciones que dijo tenía (libre de cargas o con las que declaró).

La evicción obligaría a adecuar sus consecuencias (señaladas en el artículo

1.478), lo que conduciría básicamente a una reducción del precio y a una indemnización, y a no exigir el requisito de la declaración de la carga en sentencia firme, pues los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud (art. 1.°, párrafo último, L.H.).

Las mismas consideraciones pueden aplicarse si la carga recae sobre muebles, y es hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, porque estos derechos reales están sometidos a inscripción registral como requisito constitutivo.

Todo lo expuesto gira bajo el presupuesto de que las cargas no dan lugar a saneamiento por vicios ocultos sino a evicción (S. de 5 de diciembre de 1985), cuestión discutible en grado sumo porque el espíritu del Código parece ser contrario.

C) Saneamiento por vicios ocultos

El vendedor responde por vicios o defectos ocultos de la cosa cuando la hagan impropia para el uso a que se la destina o disminuyan de tal modo este uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1.484). No se trata de que la cosa sea inútil para todo uso, sino para el que motivó su adquisición, debiendo entenderse que fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía a la actividad a que se dedica el adquirente, si nada se hubiese pactado sobre su destino (S. de 31 de enero de 1970).

De la misma forma que el error, para que tenga trascendencia anulatoria, ha de ser excusable, el artículo 1.484 excluye la garantía por vicios ocultos cuando éstos son manifiestos o estuvieran a la vista o si el comprador es un perito, que por razón de su oficio o profesión debía *fácilmente conocerlos*.

El vendedor responde por vicios ocultos aunque los ignorase (art. 1.485, p. 1.°).

a) *Pactos sobre la obligación de responder por vicios ocultos.*—Al igual que vimos en materia de evicción, la autonomía de la voluntad de las partes es libre para aumentar, disminuir o suprimir las consecuencias legales del saneamiento por vicios (art. 1.485, p. 2, aunque sólo referido al pacto más grave: la renuncia a exigir responsabilidad).

La renuncia al saneamiento por vicios ocultos debe ser expresa y, además, el vendedor ha de ignorarlos (art. 1.485, p. 2.°).

b) *Las acciones redhibitorias y «quanti minoris».*—Como consecuencia de la obligación de sanear por vicios, el artículo 1.486 otorga al comprador la opción entre «desistir del contrato *(acción redhibitoria)*, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos (acción *quanti minoris*)».

Además de la opción, el comprador goza de una acción de daños y perjuicios contra el vendedor que «conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó», si opta por la rescisión (art. 1.486, p. 2.°, que así califica el «desistir» del contrato del párrafo anterior). Obsérvese que no existe en nuestro Código civil ninguna presunción de conocimiento de los vicios de la cosa por parte del propietario que la vende. Sin embargo, debe admitirse que cuando por razón de su arte u oficio debía conocerlos hay responsabilidad, pues como decía POTHIER, «nadie puede profesar públicamente un arte si no reúne todos los conocimientos necesarios para ejecutarlo como corresponde» [12].

c) *Perecimiento de la cosa afectada de vicios ocultos.*—El artículo 1.487 regula el supuesto de que la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, y distingue según que los conociese el vendedor o los ignorase. En el primer caso, debe restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios, mientras que en el segundo queda exceptuado tan sólo del abono de estos últimos.

Si la pérdida de la cosa no tiene lugar por efecto del vicio oculto, sino por caso fortuito o culpa del comprador, según el artículo 1.488 «podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses».

El artículo 1.488 habla de un vendedor de mala fe, mientras que los anteriores 1.486 y 1.487 de un vendedor que conoce los vicios y no los manifiesta. En realidad todos ellos se refieren al vendedor de mala fe.

d) *Plazo de ejercicio de las acciones.*—Dispone el artículo 1.490 que «las acciones que emanen de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida». La jurisprudencia se muestra dividida en cuanto a su estimación como un plazo de prescripción o de caducidad, aunque parece predominar el criterio de que es de caducidad (Ss. de 7 de mayo de 1981, 12 de marzo de 1982 y 19 de diciembre de 1984).

Atendiendo a que la acción redhibitoria como la *quanti minoris* alteran una situación jurídica creada, el término que mejor cuadra es el de caducidad, según la doctrina que desde un punto de vista general sienta la sentencia de 11 de mayo de 1966. En cambio, para las acciones indemnizatorias de «los cinco artículos precedentes» al 1490, evidentemente ese plazo debería estimarse de prescripción como cualquier acción de esta índole.

---

[12] Señala MORALES MORENO *(El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa,* A.D.C., 1982, p. 646) que «es razonable que empleemos el mismo módulo de diligencia para considerar que el vendedor (ficticiamente) conocía los vicios de la cosa, que el empleado en caso análogo para el comprador. Porque la buena fe, de la cual resultan esos módulos mínimos de diligencia exigible, impone a los contratantes (hechas las debidas apreciaciones de su condición personal) unos deberes de conducta análogos y recíprocos. En el artículo 1.484 del Código civil encontramos recogidos esos mínimos de diligencia exigibles en el conocer...».

e) *Otras acciones protectoras del comprador.*—La específica de los vicios ocultos plantea la cuestión de si desplaza a otras normas que pudieran aplicarse al mismo supuesto de hecho, problema de importante trascendencia práctica dado los términos breves en que hay que ejercitar las acciones edilicias. Es claro que un vicio oculto adornado de las características del artículo 1.484 es un caso de error sustancial, pues, se preguntaba LAURENT, ¿qué mayor error sustancial hay que comprar una cosa que no sirve? Cabe pensar también que es un contrato viciado de dolo, si el vendedor lo conocía o debía conocer y no lo manifestó, o que si se compra cosa viciosa el vendedor cumple una prestación que no satisface el interés que llevó al comprador a contratar, lo que llevaría a legitimarle para el ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento. En fin, parece igualmente evidente que si la entrega de una cosa viciosa ha producido daños y perjuicios al comprador, éste, además de las acciones edilicias, ha de poder ejercitar la acción de resarcimiento de los perjuicios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una línea, que se pudiera calificar de continua por sus pocas desviaciones, favorable o la compatibilidad de las acciones que nacen de un mismo supuesto (los vicios ocultos). Acepta las peticiones de los recurrentes que siempre han apoyado su demanda en preceptos legales relativos al error, dolo, incumplimiento de obligaciones o resarcimiento de daños y perjuicios, huyendo de la disciplina propia de las acciones edilicias [13].

> Esta postura jurisprudencial se detecta fundamentalmente en los casos en que los pisos comprados tienen defectos (humedades, desprendimientos, etc). Volveremos sobre ella al tratar del contrato de obra para su mejor entendimiento.

f) *Saneamiento en caso de venta de dos o más cosas conjuntamente y en el de venta judicial.*—Vendiéndose dos o más cosas conjuntamente, sea por un precio alzado, sea señalándolo a cada una de ellas, el vicio de una no dará lugar a que se considere en todas las demás, a no ser que el comprador no hubiera comprado una u otras sin la otra o en la viciosa (art. 1.492, en relación con el párrafo 1.° del art. 1.491).

En las ventas judiciales hay lugar al saneamiento por vicios ocultos, pero

[13] Sobre la cuestión, vid. ESPÍN CÁNOVAS: *Consecuencia de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, R.G.L.J., 1967, p. 913; CABANILLAS SÁNCHEZ: *Comentarios a la S.T.S. de 10 de junio de 1976*, A.D.C., 1977, p. 454, y *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, A.D.C., 1982, p. 880; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: *Comentario a la S.T.S. de 22 de diciembre de 1974*, A.D.C., 1973, p. 356; MORALES MORENO: *El alcance protector de las acciones edilicias*, A.D.C., 1980, p. 585; *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, A.D.C., 1982, p. 591.

Vid. Ss. de 1 de junio de 1982, 10 de junio de 1983, 20 de febrero y 19 de diciembre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 15 de julio de 1987.

nunca a la indemnización de daños y perjuicios. Ello es debido al ambiente de publicidad que rodea estas ventas, de un lado, y de otro y muy principalmente, la situación especial del vendedor, que no toma parte en la venta ni interviene en la determinación del precio (MANRESA) (art. 1.489).

D) EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA VENTA DE ANIMALES

El Código civil establece la nulidad de la compraventa de animales que padezcan enfermedades contagiosas (art. 1.494, p. 1.°). Tal nulidad entendemos que será radical, absoluta e insubsanable (art. 1.271).

También considera nulo el contrato si, expresándose en el mismo el uso o servicio para que se destina el animal, resulta inútil para prestarlo (art. 1.494, 2.°). Aquí, la nulidad debe ser la relativa o anulabilidad, pues se basa en un vicio del consentimiento (error) del comprador. Ha sido inducido a contratar en la creencia de que servían. Puede ser también un caso de dolo del vendedor si omitió información que pudiera haber desvanecido el error en que se encontraba el comprador.

Por lo que respecta a los vicios puramente redhibitorios han de estimarse, desde luego, como tales los vicios y defectos de animales que estén determinados por la ley o por los usos locales (art. 1.496, p. 2.°). Los vicios han de ser ocultos, en el sentido del artículo 1.484. Si estaban a la vista o el comprador podía conocerlos fácilmente por razón de su oficio o profesión o si se asesoró de un perito, el vendedor no responde, salvo la acción que aquél tenga contra ese perito por daños y perjuicios. Sólo cuando el vicio sea del tal naturaleza que no basten los dictámenes, parciales para descubrirlo, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, quiebra aquella regla general y el vicio se reputa redhibitorio (art. 1.495, p. 1.°). Si el profesor o perito dejó de manifestarlo o descubrirlo por mala fe o ignorancia responderá de daños y perjuicios ante el comprador, pero éste no tiene acción de saneamiento contra el vendedor (vid. art. 1.495 p. 2.°). La razón es clara: el vicio no sería redhibitorio porque bastaba el dictamen pericial para detectarlo.

No habrá lugar al saneamiento por vicios ocultos en las ventas hechas en feria o en pública subasta, ni en las caballerías enajenadas como de desecho (art. 1.493). En cambio, sí a las acciones de nulidad cuando se dan los supuestos del artículo 1.494.

Vendiéndose dos o más animales conjuntamente, sea a un precio alzado, sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de cada uno dará solamente lugar a su redhibición y no a la de los otros, a no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano o sanos sin el vicioso. Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja o juego aunque se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que lo componen (art. 1.491).

a) *Acciones derivadas del saneamiento.*—El comprador puede optar en-

tre la acción redhibitoria y la *quanti minoris,* pero ha de interponerlas en el plazo de cuarenta días, contados desde la entrega de la cosa, salvo que por el uso de cada localidad se hallen establecidos plazos mayores o menores (art. 1.496 y 1.499). Producirán los efectos que vimos en el saneamiento por vicios ocultos en general. Si se opta por la redhibitoria, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fue vendido y entregado (art. 1.498).

b) *Muerte del animal.*—Según el artículo 1.497, «si el animal muriese a los tres días de comprado será responsable el vendedor, siempre que la enfermedad que ocasionó la muerte existiera antes del contrato, a juicio de los facultativos». El plazo dentro del que debe ocurrir la muerte se cuenta desde la venta o, lo que es lo mimo, muriendo el animal dentro de esos tres días procede aplicar la disposición.

La muerte no debe tener como causa exclusiva un vicio redhibitorio. Dada la generalidad con que se pronuncia el precepto, cualquier enfermedad es tenida en cuenta.

II. LAS GARANTIAS DEL VENDEDOR

A) La resolución por peligro de pérdida de la cosa y del precio

Según el artículo 1.503, si el vendedor ha entregado la cosa y la prestación del comprador se ha aplazado, aquél puede promover inmediatamente la resolución del contrato caso de que tuviere motivo fundado para temer la pérdida de la cosa y del precio. Es una excepción al artículo 1.124, pues aún no existe incumplimiento del contrato y se acciona para resolverlo en base a un temor fundado de que el comprador no cumplirá y que la cosa a restituir, en consecuencia, no se devolverá.

Entendemos que si el precio aplazado está garantizado o el comprador lo afianza al instar la resolución el vendedor, quedará sin efecto el artículo 1.503.

B) El pacto de *lex commisoria* o condicion resolutoria expresa en la venta de inmuebles

El pacto comisorio en la compraventa o condición resolutoria expresa es una estipulación contractual por la que se acuerda que la falta de pago del precio en el término convenido, o en cada uno de los plazos señalados, producirá de pleno derecho la resolución de la venta. Sólo en previsión de la falta de cumplimiento de la obligación del pago del precio es válido y eficaz el pacto, no por el incumplimiento de cualquier otra obligación del comprador.

El comiso se refiere propiamente a la estipulación por la que el vendedor se queda además con las cantidades que hasta entonces haya pagado el comprador.

El artículo 1.504 sanciona la validez de este pacto y señala, sin embargo, un efecto favorable al comprador: podrá pagar aun después de transcurrido el plazo, «interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo plazo». Por tanto, el incumplimiento no determina automáticamente la resolución, sino que es un presupuesto para que el vendedor ejercite su derecho potestativo de resolución, a través de requerimiento judicial o por acta notarial [14]. Mediante tal requerimiento ha de exigirse al comprador que se allane a resolver la obligación y no poner obstáculos a este modo de extinguirla (S. de 29 de noviembre de 1982 y las que cita). No obstante, en el requerimiento puede concederse al comprador un plazo para pagar, bajo la condición de que si no lo hace el vínculo quedará resuelto (S. de 26 de junio de 1978).

Una vez hecho el requerimiento, el pago del comprador es extemporáneo y no evita la resolución [15]. Hasta entonces el artículo 1.504 concede al comprador la facultad de pagar.

Otro efecto del requerimiento es que priva al juez de la facultad de dar un nuevo plazo para cumplir, que tiene reconocida en el artículo 1.124 con carácter general y por causas justificadas cuando se pide la resolución de las obligaciones recíprocas (como son las originadas por la compraventa) por incumplimiento. Lógicamente, esta excepción del artículo 1.504 tiene su campo de aplicación en los supuestos en que el comprador no se allanase a la pretensión de resolución del vendedor, y haya que discutir judicialmente si está fundamentada o no, pues aunque según el artículo 1.504, la resolución se produce de «pleno derecho», la autoridad judicial ha de controlar si efectivamente ha habido un incumplimiento del comprador (S. de 19 de noviembre de 1984). Es en este punto precisamente donde los efectos del artículo 1.504 están bastante debilitados en la práctica, dado que la jurisprudencia aplica el artículo 1.504 en conexión con el artículo 1.124, y por eso exige para que prospere la resolución «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido», lo que inevitablemente lleva una cierta dosis de subjetivismo (Ss. de 2 y 4 de diciembre de 1985 y 7 de julio de 1987).

El pacto de *lex commisoria* es inscribible en el Registro de la Propiedad si expresamente se da a la falta de pago del precio aplazado el carácter de con-

[14] De forma sustancial califica la sentencia de 25 de junio de 1977 al acta notarial. La sentencia de 27 de mayo de 1985 dice que el requerimiento puede hacerse por carta enviada por conducto notarial con acuse de recibo.

[15] No es posible elegir la vía del cumplimiento si antes se ha optado por la resolución, pero sí en caso contrario, pues la imposibilidad de cumplir de la que habla el artículo 1.124 puede obedecer a la frustración del fin del acreedor por la «deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor» (Ss. de 18 de noviembre de 1983 y 19 de julio de 1984).

dición resolutoria de la adquisición, siendo entonces oponible en sus efectos a todo adquirente del comprador que ha inscrito su derecho (art. 11. L.H.). La nueva inscripción a favor del vendedor requiere la constancia de la notificación notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y la presentación del título (de adquisición del bien) del vendedor (art. 59 L.H) [16].

Producida la resolución, los efectos sobre la situación jurídica se regulan por la voluntad de las partes, y en su defecto o por insuficiencia, por el artículo 1.123 (Ss. de 8 de febrero de 1980 y 24 de febrero de 1988). En relación con los pactos de las partes, suele estipularse la pérdida por el comprador de todo lo que hasta entonces hubiese pagado o de gran parte de ello. La jurisprudencia no duda en considerar que ello constituye una claúsula penal, sujeta a moderación por la autoridad judicial de acuerdo con el artículo 1.154.

La resolución no puede perjudicar a terceros de buena fe (S. de 28 de noviembre de 1985).

Por último es de advertir que la facultad de pagar el comprador incluso fuera del plazo convenido se la reconoce el artículo 1.504 aunque no haya pacto de resolución automática. Sólo la extingue el requerimiento judicial o notarial, lo mismo que extingue la facultad de la autoridad judicial de conceder un nuevo plazo para cumplir.

C) La resolución de la venta de bienes muebles

Respecto de los bienes muebles, dice el artículo 1.505, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado una mayor dilación.

Es básico, pues, que se haya pactado un término para la entrega (S. de 29 de abril de 1947). Si el comprador se presenta a retirarla adquiere en ese momento todo su vigor el principio de la ejecución simultánea de las obligaciones recíprocas, por lo que al no pagar el precio en aquel momento se da el presupuesto para el ejercicio del derecho potestativo a la resolución, salvo que se

[16] Una doctrina peligrosa para la eficacia en el tráfico de la condición resolutoria expresa por impago del precio aplazado se contiene en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982 y 17 de septiembre de 1987.

Cuando el precio aplazado se ha documentado en letras de cambio, la cancelación registral de la condición resolutoria puede pactarse que se solicite por el comprador solamente, justificando mediante acta notarial que tenía todas las letras en su poder, para lo cual hay que describirlas minuciosamente en la escritura pública de venta y coincidir con las que obran en poder del comprador (Resoluciones 21 de julio y 17 de diciembre de 1986).

haya aplazado por convenio entre los interesados el cumplimiento de esta obligación del comprador.

La resolución opera en interés del vendedor, lo que se interpreta en el sentido de que puede optar por la resolución o exigir el cumplimiento (S. de 24 de abril de 1956).

D) El privilegio del vendedor de cosa mueble

El artículo 1.922.1.° otorga al vendedor un derecho de preferencia para el cobro de su crédito por el precio no satisfecho y frente a otros acreedores del comprador. La preferencia recae sobre el bien mueble vendido de que se halle en posesión el deudor (comprador), hasta donde alcance su valor.

Es un privilegio que ha perdido en la práctica actual la importancia que tuvo en épocas pasadas debido a otras mayores garantías que protegen al vendedor de cosas muebles (pacto de reserva de dominio y prohibición de disponer).

III. LA VENTA DEL MISMO OBJETO POR SU DUEÑO A DIFERENTES COMPRADORES

El artículo 1.473 da reglas para solucionar el conflicto que se presenta cuando la cosa ha sido vendida a diferentes compradores por el mismo vendedor.

Si la cosa fuera mueble, la propiedad se transmite a quien primero haya tomado posesión de ella con buena fe.

Si fuera inmueble, al adquirente que «antes la haya inscrito». Si no hubiese inscripción, corresponderá a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua.

Cualquiera que fuere el criterio elegido, la buena fe es ingrediente fundamental, significando aquí el desconocimiento de que la cosa haya sido objeto de venta con anterioridad. No habrá buena fe si el comprador tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho había sido enajenada (por analogía, art. 38, p. 1.°, letra a, L.H.).

El supuesto de hecho del artículo 1.473 lo constituyen dos o más contratos de compraventa celebrados por un mismo vendedor con diferentes compradores cuando es dueño de la cosa. Si, por el contrario, perfecciona alguno y además se consuma, la venta que hiciese posteriormente sería una venta de cosa ajena, sujeta a su propio tratamiento y no al artículo 1.473. Respecto del propietario, sería un acto de disposición sobre cosa de su propiedad sin poder de disposición, lo que le legitimaría para solicitar la declaración de nulidad absoluta (Ss. de 11 de abril de 1955 y 29 de abril de 1986).

En las ventas de muebles la prioridad la tiene quien haya tomado posesión de ella primero. Se discute si esta preferencia está condicionada a que la pose-

sión sea real y efectiva y no cualquier otra forma de tradición. No parece que deba hacerse ninguna distinción, que no tendría ningún punto de apoyo en el precepto y olvidaría que el Código civil no establece ninguna discriminación valorativa entre las distintas formas de tradición.

En las ventas inmobiliarias la prioridad se da a la inscripción registral, lo que indica que con anterioridad ha existido tradición (en cualquiera de sus formas), pues el Registro lo que hace es publicar la mutación jurídico-real, ocurrida en la realidad civil con arreglo a la teoría del título y el modo. La doctrina y la jurisprudencia se orientan en la línea de proteger al comprador que inscriba y que, además, cumpla los requisitos exigidos por el artículo 34 L.H. para gozar de la fe pública registral, excluyendo al comprador cuya inscripción de dominio sea la primera (inmatriculación de la finca). Por tanto, la prioridad está subordinada no sólo a la inscripción, sino también a la adquisición a título oneroso, a la buena fe y a que conste inscrito con anterioridad el derecho del vendedor (S. de 6 de diciembre de 1962). En realidad el artículo 1.473 se limita a sancionar al que no inscribe frente al que inscribe, luego el primero no debe nunca ser preferido bajo el pretexto de que el segundo, aunque inscribió, no está protegido por el artículo 34 L.H.; ciertamente que el artículo 207 L.H. priva de los efectos de la fe pública registral durante dos años a la inscripción inmatriculadora, pero en relación con los sucesivos adquirentes *del inmatriculante.*

Criterios subsidiarios al de la inscripción registral para dirimir el conflicto son el de la posesión y, faltando ésta, la antigüedad del título. Por lo que respecta a la posesión, debemos remitirnos a las consideraciones que hicimos con anterioridad en torno a las ventas mobiliarias, y en cuanto a la antigüedad de los títulos, que esta expresión significa perfección de los contratos, no que necesariamente hayan de constar en documentos. Además, como advierte ALBALADEJO, no por el hecho de que el título tenga fecha más antigua se adquiere la propiedad. Para ello es siempre necesario la entrega de la cosa (art. 609), luego el precepto significa que ese comprador es el que tiene derecho a que se efectúe a él.

La preferencia por razón de antigüedad en los títulos cabe aplicarla por analogía en las ventas mobiliarias en defecto de posesión.

El comprador que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.473 sea preterido, podrá resolver el contrato con fundamento en el artículo 1.124, por incumplimiento del vendedor, con indemnización de daños y perjuicios (Ss. de 25 de noviembre de 1965 y 11 de octubre de 1976).

IV. LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA CIVIL: EL ARTICULO 1.452

Una vez perfeccionado el contrato, aunque no se haya hecho entrega de la cosa, ¿quién soportará el riesgo de su pérdida o deterioro por caso fortuito

o fuerza mayor o bien como consecuencia de la actuación de un tercero? [17] Si lo soporta el comprador, no recibirá la cosa y tendrá que pagar el precio. Si se hace recaer sobre el vendedor, pierde la cosa y no recibe el precio.

El artículo 1.452 dedicado al tema del riesgo en la compraventa, consta de tres párrafos de interpretación sumamente discutible y discutida:

a) *Párrafo primero.*—Dice que «el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182».

Esta regla general se refiere al *daño* o *provecho* de la cosa, expresiones que la mayor parte de la doctrina refiere tanto a los menoscabos y aumentos como a su pérdida, y se remite a los artículos 1.096 y 1.182. Pero con ello no se nos dice más que la mora del vendedor o la doble venta de la cosa implica una agravación de su responsabilidad en tanto responde de los casos fortuitos hasta la entrega, y que queda libre de esta obligación si aquella cosa se pierde sin su culpa y antes de haberse constituido en mora. No se contesta a la siguiente cuestión: ¿la liberación del vendedor es sólo de su obligación de entrega conservando el derecho al precio? Si se responde afirmativamente, el riesgo lo ha de soportar el comprador, que no recibe la cosa y debe el precio. Si, por el contrario, se estimase que al no entregar la cosa el vendedor no tiene derecho al precio, los riesgos serían de su cargo.

La doctrina española es mayoritariamente favorable a una aplicación del brocardo «periculum est emptoris», al igual que la jurisprudencia (Ss. de 29 de abril de 1947 y 6 de octubre de 1965) sobre las siguientes bases:

1.ª El Código civil no ha prescindido de la tradición histórica que se remonta al Derecho Romano. El Fuero Real (Libro III, Título X, Ley XVII) y las Partidas (Partida 5.ª, Título V, Ley 23) recogen la doctrina romana que atribuye el riesgo al comprador desde que hay *emptio perfecta,* terminología que, según el pareceder de SECKEL, significa que la compraventa es consumable o ejecutable, compraventa con eficacia *in actu.* Paulo dice que hay una venta perfecta cuando aparece claramente lo que se vendió, su calidad, cantidad y precio, y no está sometida a condición (D. 18, 6, 8 pr) [18].

---

[17] El riesgo no comprende la disminución en el precio de la cosa, sea cualquiera la causa que lo motive, ya obedezca al juego de la oferta y la demanda, ya a la intervención del poder público (S. de 9 de junio de 1949).

[18] ALONSO PÉREZ *(El riesgo en el contrato de compraventa,* Madrid, 1972, p. 190) señala que la *emptio perfecta* unas veces cobra existencia inmediatamente después que hay acuerdo en la cosa y precio, y otras sólo es posible tener la cosa a disposición del comprador en un momento posterior, y, por tanto, no se traspasará el riesgo al comprador. Así, en la venta condicional será menester esperar al cumplimiento de la condición; en la venta de cosas genéricas, a que se especifique la mercancía; a que se determine el precio; o bien se concentre la prestación en la compra alternativa, o se aparte la *merx* de la masa señalada, etc. En definitiva, la *emptio perfecta* o realizable unas veces surge inmediatamente que se emite el consentimiento; otras, después que determinadas circunstancias se han solventado.

El que se acuda a los antecedentes históricos puede explicarse teniendo en cuenta que el artículo 1.452 reproduce sustancialmente el artículo 1.374 del Proyecto de 1851, aunque el espíritu del mismo en la compraventa es radicalmente distinto del Código civil, pues el Proyecto sigue el sistema francés de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento. GARCÍA GOYENA, al comentar el precitado 1.374, cita las fuentes romanas y las Partidas.

2.ª El artículo 1.095, que atribuye los frutos de la cosa al comprador desde que nace la obligación de entregarla. Si son suyos los provechos, suyos deben ser también los riegos desde aquel momento. Además, el artículo 1.186 no deja desprotegido al comprador, pues le concede todas las acciones que el deudor tuviese contra terceros por razón de la pérdida de la cosa.

Obsérvese, sin embargo, que esta correlación entre provechos y riesgos debe tener lugar desde que surja la obligación de entrega, por lo que no puede afirmarse de forma simplista que desde la perfección de la compraventa el riesgo es del comprador.

•

Como dice COSSÍO, si el pago del precio es la contraprestación debida por la entrega de la cosa, en principio, aquél no podrá ser exigido cuando ésta no haya sido entregada; de la misma manera que si yo me comprometo a prestar un determinado servicio, y luego no me es posible realizarlo, no podré exigir la retribución pactada, ya que para ello carecería de una causa que justificase tal exigencia. Pero si vendida una cosa llega el momento en que ésta ha de ser entregada, según los términos de lo convenido, es indudable que la demora en la entrega solamente puede ser imputable o al acreedor o al deudor. Si el comprador exigió la entrega mediante el oportuno requerimiento, o bien, simplemente, pagó el precio, con lo que de modo automático puso en mora al vendedor, es claro que este último soporta los riesgos de la cosa, porque así lo dispone expresamente la Ley. Si, por el contrario, no se preocupó de pedir dicha entrega, a él solamente puede ser imputable tal demora, no existiendo, por tanto, razón que fundamente el exonerarle de los riesgos, haciéndolos gravitar sobre el vendedor, que soportaría de este modo un perjuicio solamente imputable al comprador. En tal supuesto aparece plenamente justificado el principio de que los riesgos corresponden a este último, ya que le son compensados, según hemos visto, con su derecho a los frutos y accesiones. Otro tanto ocurrirá, y por el mismo motivo, cuando la demora sea imputable a ambas partes, y se funde en razones de recíproca conveniencia.

La atribución de los riesgos al comprador ha sido fuertemente contestada por sectores de la doctrina, como no podía ser menos si los propios romanistas tratan de dar diversas explicaciones del principio «periculum est emptoris», que aparece incompatible con el carácter obligatorio de la compraventa romana, que no transmitía la propiedad hasta la tradición. Las tesis que goza de más predicamente en esta línea crítica es la que incluye el problema del riesgo dentro de la resolución de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento. Dado que el artículo 1.124, que atribuye la posibilidad de solicitar la resolución al contratante que cumplió o está dispuesto a cumplir su compromiso, ejercitable frente a la parte incumplidora, opera no sólo cuando haya un incumplimiento involuntario, sino cuando se da un hecho obstativo que de modo

absoluto, definitivo e irreformable impide su cumplimiento (Ss. de 2 de enero de 1961 y 9 de diciembre de 1966, entre otras muchas), el comprador, ante la imposibilidad de cumplimiento del vendedor, ha de tener la facultad en cuestión.

Una solución justa al problema de los riesgos en la compraventa busca COSSÍO al pretender fijar a partir de qué momento y en qué casos asume el comprador el riesgo de la cosa vendida. A su juicio, el artículo 1.452 lo único que hace es sentar una presunción: una vez perfeccionado el contrato o individualizada la cosa se presume que ésta se encuentra a disposición del comprador y si no la retira es porque no quiere o no le conviene, luego debe él soportar el riesgo y no el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación se ha producido. La norma sienta una presunción *iuris tantum*. Para desvirtuarla sólo hay que probar que la dilación de la entrega se produjo por transigencia del comprador, porque al vendedor le convenía.

Si la demora en interés del vendedor se ha producido por acuerdo tácito o expreso con el comprador, para COSSÍO no ha surgido todavía la obligación de entrega, momento en que hay que situar los riesgos a cargo del comprador (ecuación provechos-riesgos con fundamento en el artículo 1.095). Pero si se convino que los provechos serían del comprador, en correspondencia habrá que atribuirle los riesgos.

b) *Párrafos segundo y tercero.*—Examinada la regla general contenida en el párrafo 1.° del artículo 1.452, quedan por estudiar los restantes, que dicen: «Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hechas aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que no se hayan pesado, medido o contado, a no ser que éste se haya constituido en mora.»

Por tanto, la regla general «periculum est emptoris» rige no sólo cuando se vende una cosa determinada, sino también cosas fungibles siempre que concurran estos dos requisitos: que se haga aisladamente, lo que equivale a decir en bloque o alzadamente para lo cual han de delimitarse, y por un solo precio. Por ejemplo, te compro todo el vino de tu bodega o todo el trigo de tu granero por X pesetas. Decía GARCÍA GOYENA que en estas ventas no había nada indeterminado ni en la cosa ni en el precio; se vende un todo, una sola cosa, por un solo precio.

Regla por completo distinta es la del párrafo 3.°. En ella el único dato relevante que toma en cuenta el legislador es la fijación del precio, que no se hace sino por peso, número o medida (de cosas fungibles). Y ello ocurre en las ventas de género limitado (p. ej., te compro mil hectolitros de vino de tu bodega a X pesetas el hectolitro), en las ventas en bloque cuando en lugar de señalar un precio único se determina de aquella manera (v. gr., te compro todo el vino de tu bodega a X pesetas hectolitro) y en las ventas simplemente genéricas (te compro mil kilos de trigo a X pesetas el kilo) [19]. Las operaciones de peso o

[19] Dice GARCÍA GOYENA: «Lo mismo será, aunque materialmente suene un solo

medición son fundamentales en tanto van a concretar o determinar la cosa que el vendedor está obligado a entregar (casos primero y tercero), o bien el precio que el comprador está obligado a pagar (caso segundo). El Código dice que no se imputará el riesgo al comprador «hasta que no se hayan pesado, medido y contado», y de esta norma excepciona confusamente el supuesto en que aquél «se haya constituido en mora». Decimos confusamente porque no se sabe en qué obligación es moroso el comprador antes de la concreción o determinación de la cosa a entregar.

La individualización de la cosa es una operación importante en tanto transmite el riesgo al comprador. El Código civil no se preocupa de determinar si en su práctica ha de intervenir este último, o si es facultad exclusiva del vendedor. Salvo que otra cosa se haya pactado, o los usos lo impongan (art. 1.258), es evidente que para cumplir su obligación de entrega únicamente el vendedor ha de concretar o especificar (vid. art. 875). pero también lo es que no es admisible una concentración o especificación unilateral alejada temporalmente del momento de la entrega por las graves consecuencias que se ponen a cargo del comprador, sino sólo la que se haga dejando el espacio que la buena fe, los usos y las circunstancias del caso toleren en función del tiempo de aquella obligación.

Decíamos que el párrafo 3.° del artículo 1.452 excepcionaba de la regla del traspaso de los riesgos al comprador a partir de la mediación, cuenta o pesaje de la cosa la hipótesis de que éste se hubiese constituido en mora con anterioridad. Esta mora está conectada con el pacto de intervención del comprador en estas operaciones. Precisamente la Ley 24, Título V, Partida 5.ª, uno de los preceptos en los que se basaba el artículo 1.374 del Proyecto de 1851 (antecedente fundamental del actual 1.452), contemplaba el caso de que hubiese señalado por comprador y vendedor día para el pesaje o medición, y no compareciese el primero. Se ponía entonces a su cargo el riesgo de pérdida o deterioro, lo mismo que cuando no se había señalado día, pero el vendedor había intimado al comprador ante testigos para que acudiese a ello.

La individualización tiene un significado distinto cuando se trata de compraventa de cosas en bloque con un precio por unidad de medida (te compro todo el vino de tu bodega a X pesetas hectólitro). No sirve para individualizar lo que se ha de entregar, sino lo que se ha de pagar. El que el vendedor pese, cuente y mida unilateralmente, ¿por qué va a transmitir el riesgo al comprador? El que lo transmita será consecuencia, en último extremo, de una notificación del precio que ha de pagar, suponiendo que entonces la compraventa es perfecta por determinación del único elemento que estaba indeterminado, y que a partir de ese momento hay obligación de entregar.

precio, si además se ha expresado el número, peso o medida de la cosa, por ejemplo: «te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales», pues se reputa este precio como el total o suma del que se le ha dado a cada fanega».

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *Pluralidad de ventas de una misma cosa,* en «Estudios Batlle Vázquez», p. 19; ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa,* Madrid, 1972; COSSÍO: *Los riesgos en la compraventa civil y mercantil,* R. D. P., 1944, p. 361; *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas,* A. D. C., 1953, p. 597; DE ANGEL YÁGÜEZ: *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código civil,* R. C. D. I., 1971, p. 1.345; ESPÍN: *La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta,* R. D. P., 1965, p. 469; *Fundamento de la garantía por evicción,* R. D. P., 1966, p. 3; GÓMEZ CALERO: *Sobre la nulidad del artículo 1.494 del Código civil,* R. D. P., 1968, p. 955; MOLINA GARCÍA: *La resolución de la compraventa de inmuebles,* Madrid, 1981; MOREU BALLONGA: *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada,* A. D. C., 1985, p. 3; MULLERAT BALMAÑA: *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles,* A. D. C., 1971, p. 481; NÚÑEZ LAGOS: *Evicción de cargas,* en «Estudios Federico de Castro», t. 2, p. 345; PINTO RUIZ: *Resolución del contrato y la regla «periculum est emptoris»,* R. J. C., 1975, pp. 693 y ss.; ROCA JUAN: *Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del Suelo,* en «Estudios Batlle Vázquez», p. 651; RODRÍGUEZ ADRADOS: *Algunos aspectos de la «lex commisoria»,* R. C. D. I., 1968, p. 49.

22. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA LA PERMUTA
(Continuación)

I. LA COMPRAVENTA CON RETRACTO CONVENCIONAL

a) *Concepto y naturaleza.*—El retracto convencional, llamado también pacto de retro, es el derecho de recuperar la cosa vendida que el vendedor se reserva (art. 1.507).

El retracto convencional se califica jurisprudencialmente como condición resolutoria del contrato, pues produce su resolución con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiera enajenado, salvo que ni aquél ha de devolver los frutos ni éste los intereses del precio (S. de 26 de mayo de 1951). Esa venta se denomina también «venta a carta de gracia».

La condición resolutoria de la transmisión afecta al tercero que traiga causa del comprador, «aunque en el segundo contrato (el de comprador con el adquirente) no se haya hecho mención del retracto convencional» (art. 1.510). Sin embargo, dada la protección que la Ley Hipotecaria dispensa al que adquiere la propiedad o un derecho real sobre inmuebles confiado en lo que el Registro de la Propiedad publica, esa eficacia absoluta *erga omnes* del pacto de retro se paraliza cuando no consta inscrito en el Registro, y, además, el tercero reúne los requisitos del artículo 34 L.H.

b) *Circunstancias del retracto.*—El pacto debe ser convenido al tiempo de la perfección del contrato de compraventa. El convenio posterior de retransmisión de lo comprado es constitutivo de promesa de nueva venta (Ss. de 19 de mayo de 1896, 23 de mayo de 1944 y 6 de marzo de 1947) con efectos jurídicos diferentes.

La duración del pacto, el tiempo dentro del que debe ejecitar su derecho el vendedor, lo señala el artículo 1.508, párrafo 1.°. A falta de estipulación expresa sobre la duración, tendrá una vigencia de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Si hubiese estipulación —dice el párrafo 2.°—, el plazo no podrá exceder de diez años.

Ahora bien, el pactar un plazo mayor sólo debe dar lugar a la reducción al de diez años. El cumplimiento de la norma imperativa no requiere la nulidad total de la cláusula, sino su adecuación a ella. Por otra parte, no hay prohibición de prórroga del plazo pactado, que por su misma naturaleza exige que se haga antes de expirar el inicialmente convenido, y sin que exceda el plazo estipulado y su prórroga, o prórrogas, de diez años, pues es el tiempo máximo de duración de toda estipulación que afecte al plazo.

El plazo es de caducidad, no de prescripción (S. de 28 de junio de 1961).

c) *Ejercicio del retracto.*—Dice el artículo 1.518 que el vendedor no podrá hacer uso del retracto sin reembolsar al comprador del precio de la venta y, además: 1.°. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.°. Los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa vendida. También está obligado «a lo demás que se hubiese pactado» (art. 1.507). Si no cumple estas obligaciones, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa vendida (art. 1.509).

El reembolso de los «gastos necesarios» abarca los extraordinarios generados por la conservación de la cosa, no los que se deben a su uso por el comprador (pues de ella goza mientras no se ejercite el retracto). El reembolso de los «gastos útiles» da a entender que el comprador puede cobrar lo gastado en mejoras de este carácter (no de puro lujo o recreo) hasta el momento en que se ejercite el retracto, lo que puede dificultarlo si su importe es elevado.

Además del abono de los conceptos indicados en el artículo 1.518, el vendedor puede estar obligado «a los demás» que se hubiese pactado según el artículo 1.507 (p. ej., pago de los intereses del precio de venta, etc.). ¿Quiere ello decir que no es admisible un pacto que disminuya las cargas (más que obligaciones) que el vendedor ha de cumplir para retraer? No nos parece de orden público la regla del artículo 1.518, pues a nadie más que al vendedor perjudica que no se le abone todo el precio de venta o los gastos de conservación, por ejemplo.

El precio ha de ser consignado al presentar la demanda de retracto, pues es conocido (art. 1.618-2.° L.E.C.), o si a su ofrecimiento siguió la negativa a recibirlo. Los demás gastos del artículo 1.518 no han de serlo necesariamente; basta con hacer el ofrecimiento de pago cuando sean conocidos o afianzar que se pagarán (Ss. de 20 de junio de 1949, 21 de junio de 1956).

La liquidación del estado posesorio en cuanto a los frutos es sencilla. El comprador no ha de restituir los frutos percibidos. Pero si hay frutos manifiestos o nacidos (calificativo propio de los naturales e industriales, según el art. 357), el artículo 1.519 distingue si también los hubo al tiempo de la venta o no. En el primer caso no hay ningún abono ni prorrateo entre comprador y retrayente. En el segundo, en cambio, sí: han de prorratearse dando al comprador la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la venta. No se distingue, en la hipótesis primera, que el comprador abonase o no los frutos manifiestos o nacidos, seguramente porque se piensa que han sido tenidos en cuenta para fijar el precio de la cosa vendida.

Como se ve, las reglas de liquidación del estado posesorio son incompletas, no comprenden todos sus aspectos. Por ello deben aplicarse supletoriamente las generales (arts. 451 y ss.), estimando al comprador como poseedor de buena fe.

La recuperación de la cosa vendida se hará libre de toda carga e hipoteca impuesta por el comprador, pero el vendedor estará obligado a pasar por los arriendos que aquél haya hecho de buena fe, y según la costumbre del lugar en que radique (art. 1.520). Esto es una consecuencia de la retroactividad de la readquisición de la cosa por el vendedor (resolución del derecho del concedente

de las cargas e hipotecas). La excepción de los arriendos la explica GARCÍA GOYENA, comentando análoga norma del Proyecto de 1851, en beneficio de la agricultura y de los mismos contratantes. Hay arriendos, dice, que no se hacen sino por períodos largos, para lo cual conviene que el arrendatario tenga la seguridad que esta norma proporciona; por otra parte, interesa al vendedor hallar la finca arrendada tan bien como él podría haberlo hecho.

El régimen de la retroactividad, sin embargo, no se aplica si lo vendido es un inmueble, si no consta en el Registro el pacto de retro y los terceros están protegidos por el artículo 34 L.H.

Si el comprador hipoteca el bien inmueble vendido, ésta se extingue si con anterioridad a su vencimiento retrae el vendedor, pero nace otro derecho de garantía en favor del acreedor (prenda) sobre la cantidad que aquel comprador ha de dar. De ahí que la constitución de la hipoteca deba ponerse en conocimiento de dicho vendedor (duración, cantidad asegurada, etc.), para que en tal supuesto no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor hipotecario, a no mediar para ello mandato judicial (art. 107.7.° L.H.). Para mayor facilidad del tráfico se permite la cancelación de la inscripción de hipoteca, presentando el documento que acredite la resolución de la venta y el que justifique la consignación de lo que ha devolver el retrayente (vid. art. 175, regla 6.ª, R.H.).

d) *Enajenación, hipoteca y ejercicio del derecho de retracto por los acreedores.*—El derecho que confiere al vendedor el retracto convencional es de carácter patrimonial, por lo que es enajenable y, en consecuencia, hipotecable (art. 107.8.° L.H.). La hipoteca del derecho de retracto permite al acreedor retraer en nombre del vendedor-hipotecante, *anticipando* para este fin la cantidad necesaria. Su acción real para cobrar la deuda se hará efectiva sobre los bienes retraídos.

El derecho de retracto no posee un carácter personalísimo, por lo que los acreedores del vendedor pueden ejercitarlo. Sin embargo, el artículo 1.512 dice que antes de haber hecho excusión de todos los bienes del vendedor, lo que no es más que una aplicación de la acción subrogatoria del artículo 1.111.

e) *Supuestos especiales en el ejercicio del retracto convencional.*—El Código civil da en los artículos 1.513 a 1.517 una serie de reglas para regular el ejercicio del retracto cuando concurren circunstancias especiales. En realidad, como veremos a continuación, la intención del legislador es evitar que como resultado final se desemboque en situaciones de copropiedad.

1) *Compra de cuota sobre una finca que pertenece a varios «pro indiviso».*—En el supuesto del artículo 1.513: el comprador adquiere la cuota de uno de los comuneros y con posterioridad se disuelve la situación de comunidad mediante la adjudicación a él de la finca por entero (art. 404). Es obvio que si el vendedor retrae sólo la parte que aquél vendió, el resultado viene a ser el nacimiento de otra copropiedad entre él y el comprador retraído. Para impedirlo, el artículo citado dice que el comprador «podrá obligar al vendedor a redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto».

2) *Compra de una finca que pertenece a varios «pro indiviso».*—Cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva (art. 1.514, p. 1.°). Pero el artículo 1.515 faculte al comprador para exigir que todos los vendedores se pongan de acuerdo para retraer, y si así no lo hicieren, no se podrá obligar al comprador el retracto parcial.

3) *Compra de todas las cuotas sobre una finca que pertenece a varios «pro indiviso».*—Es el caso contemplado en el artículo 1.516. Su diferencia con el anterior es la siguiente: en éste todos los copropietarios venden conjuntamente y en un solo contrato, pero en aquél el comprador adquiere la propiedad completa de la finca como consecuencia de que cada propietario de una cuota se la ha vendido separadamente. Si han contratado todos separadamente con el comprador, éste no puede obligar al que retrae a que redima toda la finca y retraerá por su parte respectiva.

4) *Pluralidad de herederos del vendedor.*—Si el que ha vendido una finca con pacto de retro deja varios herederos, por el principio de la sucesión *mortis causa* en los derechos y obligaciones del causante serán titulares del derecho a retraer, a ejecutar por cada uno según la parte que hubiese adquirido en la sucesión del vendedor (art. 1.514, p. 2.°).

Ello llevará aparejada inevitablemente la aparición del fenómeno de comunidad, pero está al alcance del comprador impedirlo obligando a todos los coherederos a que se pongan de acuerdo para retraer, y si falta el acuerdo, no podrá obligarse a aquél al retracto parcial (art. 1.515).

5) *Pluralidad de herederos del comprador.*—Si el comprador ha dejado varios herederos, el retracto no podrá ejecutarse contra cada uno, sino por su parte respectiva, ora se halle la herencia indivisa, ora se haya distribuido (art. 1.517.1.°).

> Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que si la herencia del comprador aún se halla indivisa, el retracto debe dirigirse contra todos, pero no demandando de cada uno de los coherederos más que su parte, es decir, la que tenga en la comunidad hereditaria. En el estado de comunidad ningún bien es de los coherederos, ni siquiera por la cuota hereditaria que le corresponde. Todos juntos, sin embargo, completan el poder dispositivo necesario para transmitir aquel bien a un tercero.

Si la herencia se ha dividido al ejercitar el retracto, adjudicándose la finca a uno de los coherederos, él sólo sufrirá, porque sustituye al comprador en la titularidad completa de la finca (art. 1.517, p. 2.°).

II. LAS COMPRAVENTAS A PRUEBA Y *AD GUSTUM*

A tenor del artículo 1.453, la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán siempre hechas bajo condición suspensiva.

En las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba, la condición no depende del libre querer del comprador. *Objetivamente,* por medio del ensayo o prueba, se comprueba si la cosa tiene o no las cualidades que han sido determinantes de la compra. La condición es futura e incierta. Una vez que la prueba ha sido positiva, el comprador carece de la faculta de desistir del contrato.

En la venta de cosas que es costumbre probar o gustar, ventas *ad gustum,* es opinión extendida que la condición depende del libre querer del comprador. Con mejores argumentos se ha sostenido, de acuerdo con los antecedentes históricos del precepto y el sistema de nuestra legislación (art. 1.115, sobre todo), que ha de interpretarse: si probada o gustada la cosa resulta ser de la calidad expresa o tácitamente convenida. Posee, pues, un sentido objetivo la prueba o degustación, no siendo admisible la condición *si placuerit,* que de hecho viene a ser una condición puramente potestativa, prohibida por el artículo 1.115 (DE CASTRO).

III. LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS

El fenómeno de las ventas a plazos de bienes muebles ha sido objeto de atención expresa por el legislador español, siguiendo el ejemplo de otros países. La Ley reguladora de estas ventas es de 17 de julio de 1965 y la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de noviembre de 1982 da normas respecto del Registro de Ventas a Plazos que aquélla creó. Además, y por la incidencia de este fenómeno en la economía nacional, el Gobierno es el que fija los bienes que pueden ser objeto de estos contratos, determina los que tienen la categoría de identificables a efectos del Registro, así como el máximo de tipos o tasas de recargo, la cuantía del desembolso inicial y el tiempo máximo para el pago del precio aplazado (art. 20, p. 1.° de la Ley).

La Ley también regula los préstamos destinados a facilitar la adquisión de los bienes sobre los que pueden recaer los contratos que examinamos (art. 1.°).

a) *Concepto, objeto y naturaleza jurídica.*—Según el artículo 2 de la Ley, «por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor *entrega* al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, *en el mismo momento,* una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un período de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20 (es decir, por el Gobierno)».

La compraventa recae aquí sobre bienes corporales *no consumibles* (art. 1.°), es decir, sólo sobre muebles que se deterioran poco a poco por su uso, específicamente designados por el Gobierno (art. 20).

De la definición legal se obtiene que la compraventa sujeta a la Ley no es el típico contrato consensual, productor de obligaciones recíprocas. Su naturaleza ha sido profundamente modificada sin justificación válida y se ha hecho de este contrato que nos ocupa un contrato real, que se perfecciona por

la entrega de la cosa y simultáneo pago del desembolso inicial. Pero por lo que respecta a este requisito último, la propia ley desmiente su carácter esencial para la perfección del contrato, ya que señala, como sanción de su falta, la pérdida para el vendedor del derecho a exigirlo y la reducción de la obligación del comprador a la satisfacción del resto del precio (art. 9, p. 2.°). Sanción, pues, meramente económica, que mantiene el contrato.

La entrega de la cosa no tiene que ser sólo la real o material. La Ley no deroga las formas espiritualizadas de la entrega o *traditio.*

b) *Compraventas excluidas.*—Enumera el artículo 4 las siguientes:

1.ª Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destine a la *reventa al público.* La Exposición de Motivos de la Ley aclara que «se trata de compraventa entre comerciantes, que, conocedores de la realidad económica, no necesitan especial protección». También se excluyen los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones.

2.ª Las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro. El requisito de la ocasionalidad se refiere a que tales ventas o préstamos no son la actividad habitual del que los realiza, por lo que no existe el lucro propio de tal actividad.

3.ª Las ventas o préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno.

4.ª Las operaciones de comercio exterior. La compra a plazos por personas domiciliada en España de bienes que se le entreguen por contrato formalizado en este país, habrá que presumirla operación de comercio interior (R. de 14 de julio de 1971).

c) *Ambito de aplicación y carácter imperativo de la Ley.*—Su ámbito de aplicación se circunscribe a las compraventas *que ofrezcan las características que la Ley determina*[1] (E. de M.), y el carácter imperativo de sus preceptos resalta de lo dispuesto en el artículo 18: «Se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento». Pero precisamente para que la finalidad de la Ley se cumpla, es necesario afirmar que esas cláusulas o pactos nulos quedan sustituidos por los preceptos vulnerados o que se quieran eludir mediante el fraude a la ley.

También se entienden comprendidos en la Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos (art. 2.°). Se trata de una conversión del contrato, por imperativo legal, en otro de venta a plazos sometido a la Ley que estudiamos.

[1] La sentencia de 26 de marzo de 1984 declara que no se aplica la Ley de Ventas a Plazos cuando el contrato no reúne sus requisitos. Lo mismo la de 19 de septiembre de 1986.

d) *Forma del contrato: Modelos Oficiales.*—El artículo 5.° de la Ley dice que «para la validez de los contratos sometidos a esta Ley, y a efectos de la misma, será preciso que consten por escrito en tantos ejemplares como partes intervengan». Pero como indica la Exposición de Motivos, no se pretende la alteración de las reglas de la prueba ordinaria, con lo que parece significar que cabe la prueba de que se cumplió aquel requisito (no que el contrato se ha celebrado en cualquier otra forma y por ello es válido).

La Dirección General de los Registros y del Notariado aprueba Modelos Oficiales de estos contratos. Si éstos no se extienden en tales modelos, no tendrán acceso al Registro de Ventas a Plazos (art. 10 de la Orden de 1982). Además, en los modelos oficiales se recogen todos los requisitos y circunstancias del contrato que imperativamente han de constar en él por mandato del artículo 6.° de la Ley, cuya omisión o inexactitud, no imputables al comprador, produce o puede producir (según sea el requisito omitido o inexacto), la reducción de su obligación al pago del precio de contado, en los plazos convenidos, sin ningún recargo (art. 7.°).

e) *Derechos del comprador.*—Fundamentalmente son los siguientes:

1.° Derecho a desistir del contrato, *siempre que se hubiere pactado, dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa.* El artículo 8.° que consagra la validez de tal pacto, señala la forma y condiciones de ejercicio de este derecho. Pero dado que su presupuesto es una estipulación voluntaria de las partes, no vemos inconveniente en que también se pacte sobre otra forma y condiciones más beneficiosas para el comprador.

2.° Derecho a anticipar el pago del precio. El artículo 10 reconoce este derecho al comprador, entendiendo que el aplazamiento es un beneficio al que puede renunciar.

Se requieren dos condiciones para ejercitarlo: *a)* Que se haga al vencimiento de cualquiera de los plazos. *b)* Que pague la totalidad del precio pendiente. En todo caso, los recargos que sobre el precio de venta al contado se hubieran aplicado, en razón al aplazamiento del pago, quedarán reducidos proporcionalmente al período de tiempo en que resulte abreviada la duración del contrato (art. 10, p. 3.°).

3.° Derecho a la alteración de los plazos. Según el artículo 13, «los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad y otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos. En estos casos, el propio Juzgado o Tribunal determinará el recargo que, como consecuencia de nuevos aplazamientos, deberá experimentar el precio». Esta norma justa no se ha desenvuelto procesalmente. Requiere un procedimiento breve y sencillo y no los habituales. Además, es necesario que el Juez o Tribunal acuerde la suspensión de los plazos que corran mientras se ventila la controversia, si el vendedor se opone a la pretensión del comprador, lo que presenta especiales dificultades cuando los pagos aplazados constan en letras de cambio que pueden haberse cedido a terceros ajenos a la operación de venta.

f) *Obligaciones del comprador.*—La obligación fundamental es la de pagar el precio en la forma estipulada con los recargos oportunos.

También tiene obligación de conservar la cosa. El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operacion, dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código penal para delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado (art. 12).

g) *Derechos del vendedor.*—El principal derecho que la Ley otorga al vendedor, en el artículo 11, es el de optar por la resolución del contrato o porque se le abonen los plazos pendientes cuando el comprador demore el pago de dos o del último de ellos.

La ley emplea inexactamente el término «demora», porque lo que quiere decir es que exista *impago* (véase el párrafo último del art. 11).

Esta opción es una aplicación concreta de la regla del artículo 1.124 para las obligaciones recíprocas, por lo que subsidiariamente deben tener aplicación todas las directrices jurisprudenciales sobre el mismo (no justificación del incumplimiento, etc.).

Si el vendedor opta por la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones. Pero el artículo 11 permite al vendedor deducir de la restitución de los plazos pagados por el comprador: *a)* El 10 por 100 en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa. *b)* Una cantidad igual al desembolso inicial (la «entrada») por la depreciación de la misma. Además por el deterioro de la cosa vendida, *si lo hubiere,* podrá exigir la indemnización de daños y perjuicios. El deterioro tiene que ser comprobado («si lo hubiere») y no es, en modo alguno, el procedente de uso normal y propio de la cosa, porque ésta ya se encuentra satisfecho con aquella retención del 10 por 100.

Para mejor garantía de las partes, la Ley de 1965 acude al sistema de la compensación. El vendedor sólo ha de devolver la cantidad sobrante una vez hechas las deducciones. Pero el artículo 11 prevé el supuesto de que la cantidad a devolver por el vendedor no cubra su resarcimiento y dice «que quedarán a salvo las pertinentes acciones». En otras palabras, la cantidad a restituir no opera como límite de las indemnizaciones a que tiene derecho.

h) *Obligaciones del vendedor.*—Son las correlativas a los derechos del comprador. Específicamente pesan sobre él: *a)* La de cumplir con las condiciones que determine el Gobierno para los comerciantes y sociedades que habitualmente, a título principal o accesorio y bajo cualquier forma, realicen las operaciones comprendidas en esta Ley (art. 20). *b)* En la publicidad relativa al precio de cosas ofrecidas en ventas a plazos, expresar el precio de la adquisición al contado y el precio total a plazos (art. 15).

i) *Las garantías.*—La Ley de 1965 establece como garantías en favor del vendedor:

1.ª El pacto de reserva de dominio. Esta garantía debe ser pactada, pues no la impone la ley necesariamente (art. 6.°12).

2.ª La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición, en tanto no se haya pagado el precio, sin permiso escrito del vendedor. Aquí la garantía es legal, no siendo necesario pactarla (art. 6.°13, en el que no se consigna que tal prohibición haya de ser pactada, a diferencia del número anterior). Por ello el artículo 2.°, apartado *a)*, de la Orden de 15 de noviembre de 1982, reguladora del Registro de Ventas a Plazos, dice que «se entenderá establecida por ministerio de la Ley...; siempre que el vendedor no autorice la libre enajenación del objeto vendido».

Para que sean oponibles estas dos garantías a tercero, que traiga su derecho del comprador, será necesaria la inscripción del contrato en el Registro que la Ley crea (art. 23).

3.ª El vendedor, para el cobro de los créditos nacidos del contrato, tiene un derecho de preferencia sobre la cosa y hasta donde alcance su valor, equiparado al del acreedor prendario (art. 19, p. 1.°)[2]. Se igualan las dos situaciones, y hay que destacar que disfrutará de ese privilegio si el contrato está inscrito en el Registro de Ventas a Plazos. La preferencia, no obstante, no tiene razón de ser en los contratos que contengan cláusulas de reserva de dominio, pues si el vendedor retiene la propiedad, ¿qué mayor garantía? ¿Cómo puede embargarse y ejecutarse por el vendedor una cosa de su propiedad? Sin embargo, así se admite en la práctica judicial[3].

j) *Procedimiento especial para el cobro de créditos nacidos del contrato.*—El artículo 19 (párrafos 3.°, 4.°, 5.° y 6.°) desarrolla un procedimiento extrajudicial para esa finalidad. Sustancialmente es una subasta notarial, en la que se procede a la enajenación de los bienes de la misma forma que previene el artículo 1.872 para la efectividad del derecho del acreedor prendario.

Para que se desenvuelva el procedimiento es requisito imprescindible que el comprador entregue la cosa al Notario. De no realizar la entrega, el acreedor ha de acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

El procedimiento supone que el vendedor ha entregado la cosa y el comprador ha adquirido la posesión, pero debe el precio. Al no pagarlo, el vendedor es árbitro de elegir entre el procedimiento del artículo 19, el judicial correspondiente o la resolución del contrato que permite el artículo 11.

k) *Quiebra y suspensión de pagos del comprador.*—Preceptúa el párrafo 2.° del artículo 19 que en los casos de quiebra no se incluirán en la masa los

[2] Vid. arts. 1.922.2.° y 1.926.1.° C.c. Hay que remitirse aquí, sin embargo, a las preferencias que tienen los créditos por salarios y los fiscales en determinadas condiciones frente a todos los demás, incluido los prendarios.

[3] La cláusula de reserva de dominio legítima para que el vendedor interponga tercería de dominio cuando el bien es embargado por otros (Ss. de 24 de noviembre de 1970, 4 de octubre de 1971, 26 de enero de 1976 y 3 de julio de 1987).

bienes comprados a plazos mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los de suspensión de pagos, el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Lo dispuesto en este precepto creemos que sólo operará respecto de los contratos inscritos en el Registro, pues son los oponibles a terceros.

Los síndicos de la quiebra, para llevar el bien a la masa, o puedan pagar el crédito garantizado o asumir el contrato, pues la frase «mientras no sea satisfecho el crédito garantizado» no obliga necesariamente a darlo por finalizado (en el supuesto de que haya pagado el comprador todos los plazos vencidos hasta entonces).

El vendedor no pagado (por lo menos en dos plazos o en el último) puede incluir su crédito en la quiebra, o proceder a la subasta del bien apartándolo de la masa de aquélla.

l) *La financiación de las ventas a plazos.*—Las ventas a plazos son vehículos del crédito. El comprador debe una cantidad, que no es exigible en su totalidad, y el vendedor es titular del crédito que por ello le concede, todavía no exigible. De ahí que la financiación sea pieza esencial en estas compraventas y que la Ley la regule.

Esa financiación se resuelve, en el fondo, en un préstamo que se hace al comprador o vendedor (art. 3.°).

La financiación a comprador permite a éste adquirir inmediatamente la cosa gracias al pago total del precio. Si la Ley incluye en su normativa esa financiación se debe a que cumple la misma función que una compraventa a plazos, porque el comprador, en lugar de quedar obligado frente al vendedor, lo está respecto al financiador (a pagar a plazos)[4].

Lógicamente, en esta financiación no cabe el pacto de reserva de dominio, pues el financiador nunca ha sido dueño de la cosa, aunque sí la prohibición de enajenar. Sin embargo, en modelos oficiales se incluye la primera cláusula, lo que debe entenderse como una cesión de la propiedad al financiador con finalidad de garantía.

La financiación a vendedor se realiza de dos maneras. La primera estriba en la cesión o subrogación que hace el vendedor al financiador del crédito por el precio aplazado que tiene contra el comprador, a cambio del pago inmediato del mismo. La segunda, admitida por el artículo 3.°, se da «cuando el vendedor y financiador se conciertan de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador». En otras palabras, todo acuerdo encaminado a facilitar las operaciones de venta de bienes muebles con arreglo a la Ley de 1965.

[4] De ahí que el artículo 3.°, párrafo 2.°, especifique que ese préstamo se hace para pagar el precio «en las ventas a que esta Ley se refiere» y el tiempo de devolución de los mismos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado aprueba los modelos oficiales de estos contratos de financiación, en los que han de extenderse los préstamos para que tengan acceso al Registro.

m) *Registro de venta a plazos.*—Fue creado por la Ley de 1965 y está regulado por la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de noviembre de 1982.

En la imposibilidad de exponer toda su normativa, es de resaltar que se inscriben los contratos de ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles y susceptibles de perfecta identificación (vid. art. 7.°) con pacto de reserva de dominio o de prohibición de enajenar. Si no contiene este último pacto, es registrable siempre que el vendedor o financiador no autoricen expresamente la libre enajenación del objeto vendido. Igualmente se inscriben los préstamos de financiación a comprador o vendedor con cualquiera de aquellos pactos; las novaciones o modificaciones de los contratos registrados; las resoluciones judiciales o administrativas que de algún modo afectaren a los mismos, así como el desistimiento del comprador al contrato, renuncia del vendedor a la falta de precio que quede por pagar, anticipo total del precio, el mutuo disenso y cualquier otro acto que produzca iguales efectos extintivos (art. 2.°).

El Registro es voluntario y la inscripción se practicará a petición de cualquiera de los interesados o de su representante o mandatario, bien directamente o por correo certificado (art. 13, p. 1.°). Produce como efecto fundamental la oponibilidad a tercero de la cláusula de reserva de dominio o prohibición de disponer, entre otros (vid. art. 30).

La inscripción caducará y se cancelará de oficio por el transcurso de un año, contado a partir del vencimiento del último plazo aplazado o, en su caso, del vencimiento del plazo especial señalado por los Tribunales al amparo del artículo 13 de la Ley[5]. Si constase la existencia de litigio pendiente entre las partes, la inscripción se prorrogará hasta que recaiga resolución firme. A los efectos oportunos, las partes podrán solicitar del Juzgado o Tribunal el correspondiente mandamiento, en procedimiento de cualquier clase o cuantía. También cabe una prórroga de la inscripción por dos años, desde que se haga constar en el Registro mediante acta notarial que lo acredite el impago de dos o más plazos o del último. Pero tanto en un caso como en otro es necesario que no haya transcurrido aquel plazo del año (art. 24).

Otras causas de cancelación de la inscripción son, según el artículo 22: *a)* solicitud del vendedor o financiador con expresión de la causa que la motive; *b)* resolución judicial que así lo ordene.

Recibido un contrato en el Registro competente (sobre las reglas de competencias, art. 9.°), se extiende en el libro de recepción el asiento de presentación, desde cuya fecha produce todos sus efectos la inscripción (arts. 14 y 33).

[5] La sentencia de 30 de marzo de 1985 dice que no es oponible la reserva de dominio si el plazo legal de vigencia del asiento se ha cumplido, aunque no se haya cancelado.

El Registrador ha de proceder a la calificación, en el plazo máximo de ocho días hábiles a partir de la fecha del asiento de presentación, que versará sobre si el contrato cumple los requisitos que se establecen en la Ley y en la Ordenanza. Si no se apreciaren defectos, se practicará la inscripción. Si los apreciare, los comunicará al presentante o remitente en el plazo de tres días contados desde el siguiente hábil al que termine el plazo para calificar. Los interesados podrán subsanarlos en un plazo de veinte días hábiles a partir de la fecha en que se notifique la calificación, o interponer recurso de reposición ante el propio Registrador y en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Estos recursos se entienden sin perjuicio de los interesados a contender entre sí ante los Tribunales de Justicia acerca de la validez o nulidad de los actos calificados (arts. 15, 16, 17).

No son faltas que impidan la inscripción las infracciones de las normas legales o reglamentarias sobre el máximo de los tipos o tasas de recargo, o sobre la cuantía del desembolso inicial y tiempo máximo para el pago del precio aplazado (arts. 18, p. 2.°).

A todos los efectos legales se presumirá que los contratos inscritos existen y las garantías del precio aplazado pertenecen a su titular en la forma que resulte del propio contrato inscrito. Igualmente se presumirá que tal contrato es válido (art. 27). Son presunciones legales *iuris tantum*.

Se presume que el contenido de los contratos inscritos es conocido por todos, y no podrán invocar su ignorancia. Los actos y contratos inscribibles, no inscritos, no podrán perjudicar a terceros de buena fe (art. 31). La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 32).

El Registro será público para quien tenga interés legítimo en conocer su contenido. La publicidad se llevará a efecto por medio de certificación, que sólo podrá expedirse en virtud de solicitud firmada por el interesado o de mandamiento expedido por la autoridad judicial o administrativa, o por manifestación. El Registrador, en este último caso, determinará la forma más conveniente de realizarla, bien por exhibición directa de los documentos inscritos, bien por nota simple informativa (arts. 34 y 35). La reserva de dominio o prohibición de disponer sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero mediante certificación del Registro (art. 36).

n) *Venta de bienes muebles a plazos y contratos de «leasing».*—Modernamente se ha desarrollado una forma de contratación de bienes de equipo (maquinaria industrial, vehículos, etc.) e incluso inmuebles que ha alcanzado enorme difusión. Es el llamado contrato de «leasing», que por ahora no está regulado por normas sustantivas, aunque sí los aspectos fiscales.

A grandes rasgos, el «leasing» se caracteriza porque el usuario de los bienes objeto del contrato se dirige a la empresa de «leasing» indicándole, con las oportunas especificaciones, el bien que necesita. La empresa lo adquiere y cede su uso y goce al usuario a cambio de un alquiler periódico, que se calcula por la empresa en función del costo del bien, su amortización, ganancias, etc. A la terminación del contrato, el usuario puede devolver el bien, o hacer

uso de la opción de compra que llevan incorporada los contratos de «leasing», por un precio que se fija en ellos, o, por último, seguir utilizando el sistema de «leasing».

La cuestión de su naturaleza jurídica es muy discutida en la doctrina, y parece predominar la tesis de que el «leasing» es en su última esencia un contrato de arrendamiento con opción de compra, ora estos dos contratos conexos que deben ser reconducidos a una unidad esencial por la intención que los preside, ora un contrato mixto pero único, con única causa en la que se funden las de la compraventa y arrendamiento, o bien un contrato de venta a plazos. La sentencia de 28 de marzo de 1978 siguió esta última tesis, estimando que el contrato debe caer bajo el imperio de la Ley reguladora de las ventas a plazos de bienes muebles. Y ello porque su artículo 2, como sabemos, entiende comprendidos en el ámbito de su aplicación los actos o contratos, *cualquiera que sea su forma jurídica,* mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos *fines económicos* que con la venta a plazos.

Sin embargo, las sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983 declaran que aquella aplicación de la Ley de Ventas a Plazos sólo se producirá cuando se pruebe la simulación relativa, es decir, se utilice la forma de «leasing» para encubrir una venta de tales características. De lo contrario, hay que conceptuarlo como un negocio atípico, debiendo ser excluida la normativa de aquella Ley.

El Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977 (art. 1.º) recoge los rasgos usuales del *leasing* mobiliario, a efectos fiscales solamente. El Decreto 1.669/1980, de 31 de julio, regula a estos fines el *leasing* de bienes inmuebles.

IV. LA PERMUTA

a) *Concepto, naturaleza y regulación legal.*—Según el artículo 1.538, «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». En realidad, en la permuta hay un trueque de derechos de propiedad.

La permuta tiene los mismos caracteres que la compraventa, de la que se diferencia sustancialmente por la falta de precio cierto. De ahí que, salvo las normas específicas contenidas en los artículos 1.538 a 1.540, rijan las disposiciones legales relativas al contrato de compraventa.

En la actualidad cobra relieve la permuta a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y/o plazas de garaje. La jurisprudencia se inclinó en un principio hacia su consideración más bien como permuta (Ss. de 9 de noviembre de 1972, 30 de junio de 1977 y 12 de febrero de 1979), aunque últimamente

se oriente hacia su conceptuación como un contrato atípico *do ut des* (Ss. de 7 de julio de 1982 y 24 de octubre de 1983).

b) *Permuta de cosa ajena.*—Si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció a cambio, y cumplirá con devolver la que recibió (art. 1.539).

Esta facultad de resolución especialísima que se concede al permutante tiene como presupuesto la entrega de una cosa por el otro contratante que no es de su propiedad, y la falta de cumplimiento de la obligación de entrega del que la recibió. Si los dos permutantes han cumplido su obligación de entrega, no cabrá la resolución. Habrá que esperar para accionar de evicción a que el propietario reivindique (GARCÍA GOYENA).

La facultad de resolución exige buena fe, es decir, el permutante que quiera ejercitarla ha de desconocer que la cosa pertenecía a tercero en el momento de la perfección del contrato (S. de 16 de mayo de 1974).

c) *La evicción de la permuta.*—Una norma especial se halla en el artículo 1.540: «El que pierde por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio o reclamar la indemanización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar el derecho a recuperar la cosa que entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero». Ahora bien, parece justo que el constituyente de los mismos abone el demérito que la cosa sufra por estar gravada.

Si el permutante opta por la indemnización de daños y perjuicios, tendrá derecho a exigir el valor de la cosa que ha perdido por la evicción (y que tuviese en ese momento) y los conceptos del artículo 1.478.

d) *Permutas con sobreprecio.*—El artículo 1.446 claramente admite su posibilidad. Ahora bien, como en este caso quedan confusos los límites entre permuta y compraventa, el criterio legal es acudir a la intención de las partes. Si la voluntad no consta, será permuta cuando el valor de la cosa exceda al del dinero o su equivalente, y compraventa, en caso contrario.

¿Y si el valor de la cosa es igual al sobreprecio que se entrega en dinero? Es dudosa la solución en ausencia de una voluntad de las partes. Parece que el criterio del artículo 1.446 de estimar como permuta el supuesto de que la cosa *valga más,* nos ha de llevar a la solución de que entonces estaríamos ante una compraventa.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Sobre el retracto convencional: LALAGUNA DOMÍNGUEZ: *El contrato de promesa y el retracto convencional,* en «Estudios de Derecho Civil», Madrid, 1978, p. 95.

Sobre la venta a plazos: BALDÓ DE CASTAÑO: *El Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y los principios informadores,* R. C. D. I., 1977, pp. 9 y ss.; *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías,* Madrid, 1974; BER-

COVITZ: *Las ventas a plazos de bienes muebles,* A. D. C., 1966, p. 117; *La cláusula de reserva de dominio,* Madrid, 1971; *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles,* Madrid, 1977; GATTI: *Le situazione soggetive attive del compratore nella vendita con riserva di proprietà,* R. D. Com., 1965, I, p. 467; LALAGUNA DOMÍNGUEZ: *La legislación de ventas a plazos y las garantías reales mobiliarias,* en «Estudios de Derecho Civil», Madrid, 1978, p. 149; MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Las ventas de plazos de bienes muebles,* Madrid, 1988; ZUMALACÁRREGUI: *El Registro de reservas de dominio de bienes muebles vendidos a plazos,* R. C. D. I., 1974, p. 551.

Sobre la permuta: LA ROSA DÍAZ: *La permuta,* Madrid, 1976; LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración del contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir,* R. D. N., 1967 (abril-junio), p. 277; MELÓN INFANTE: *El contrato de permuta en el Código civil,* R. D. P., 1961, p. 707; MERINO HERNÁNDEZ: *El contrato de permuta,* Madrid, 1978.

Sobre el «leasing»: AMORÓS GUARDIOLA: *El «leasing» inmobiliario y su inscripción registral,* R. C. D. I., 1985, p. 863; CABANILLAS SÁNCHEZ: *El «leasing» financiero y la ley de ventas a plazos de bienes muebles,* A. D. C., 1950, p. 759; *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control sobre las condiciones generales,* A. D. C., 1982, p. 41; ROJO AJURIA: «*Leasing*» *mobiliario,* Madrid, 1987.

23. LA DONACION

I. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA DONACION

Según el artículo 618 del Código civil, «la donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». De esta definición legal se pueden obtener las siguientes notas, con las que tipificar la donación y situarla dentro del ordenamiento jurídico: es un acto de liberalidad; es un acto gratuito; es un acto dispositivo aceptado por el donatario. Todas, aunque aparentemente sinónimas o muy próximas entre sí, plantean problemas de delimitación.

La donación es ante todo un acto gratuito porque quien la realiza no recibe a cambio ninguna contraprestación. Es verdad que nuestro Código civil sitúa, como veremos posteriormente, dentro de las donaciones las de carácter modal, pero en ellas, aunque al donatario se le impone una prestación, ha de ser en todo caso inferior al valor de lo donado y además no se produce nunca como un intercambio de prestaciones entre el que da y quien recibe.

No obstante, la categoría del negocio gratuito no se circunscribe a la donación. El contrato de mandato es normalmente gratuito (cfr. art. 1.771); es esencialmente gratuito el contrato de comodato (cfr. art. 1740). No existe tampoco especial inconveniente para que sea gratuito el contrato de depósito y la ley además presume la gratuidad (art. 1.760). Por tanto, hay que distinguir entre el concepto genérico de acto gratuito en sentido estricto.

La donación es un acto por el cual se lleva a cabo una disposición. SAVIGNI vio la esencia de la donación en un empobrecimiento del patrimonio del donante y un correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario. La donación no se limita a acarrear ventaja para el donatario porque esto ocurre en otros actos gratuitos, como hemos visto. Con la donación se origina un empobrecimiento del patrimonio del donante por la salida del activo de su patrimonio de un bien o de un derecho a él perteneciente.

Mayores dificultades suscita la calificación de la donación como acto de liberalidad además de como acto gratuito. La diferencia entre una y otra característica parece venir dada por el hecho de que la gratuidad se mide siempre de forma objetiva, mientras que la liberalidad exige una especial intención o ánimo; el *animus donandi* o ánimo liberal. Pero si bien esta idea de ánimo de liberalidad, como especial factor subjetivo, tiene una amplia tradición histórica y aparece recogida en la jurisprudencia, nosotros pensamos que el llamado *animus donandi* no puede ser otra cosa que el genérico consentimiento que se exige para todo negocio jurídico, aplicado ahora al tipo que se llama donación, y que no es otra cosa que consentir el negocio. Y ello con independencia de cuáles fueran los motivos internos que hubieran podido mover al agente. La donación puede hacerse por generosidad, por caridad, por vanidad, por

simple pompa, por cultivar lo que hoy se llama una determinada imagen hacia el exterior o por cualquier otro móvil. Sin embargo, siempre que exista la intención de determinar con el negocio jurídico un enriquecimiento en otra persona hay ánimo de donación. Los impulsos que pueden mover al donante no tienen relevancia jurídica normalmente, si no se ha elevado a la categoría de causa, integrándolo en ella (p. ej., donación remuneratoria). No se puede decir que la donación exige un ánimo de liberalidad, si con ello quiere indicarse en sentido genuino generosidad o desinterés. Los negocios gratuitos, aunque sean internamente interesados, son jurídicamente donaciones, siempre que en ellas exista el consentimiento para realizarlas. No estaría de más recordar aquí la opinión del sociólogo M. MAUSS cuando decía que la donación es la forma primitiva del cambio. Son muchas las donaciones que se hacen esperando otra donación en correspondencia. Esto es, sin duda, un móvil interesado y un ánimo muy poco liberal, pero no por ello deja de existir donación.

Para el Tribunal Supremo, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, pero entendida como propósito de enriquecer al donatario. A la intención de beneficiar al donatario debe corresponder el *animus* de éste de aceptar, también libremente, la atribución patrimonial que se le hace. La gratuidad aparece como el aspecto objeto de aquel fin (enriquecimiento del donatorio) de la donación (Ss. de 7 de diciembre de 1948 y 7 de enero de 1975). Por ello, el hecho de que a una compraventa le falte causa por no haberse pagado en realidad el precio no transforma el negocio en donación automáticamente (S. de 14 de febrero de 1983).

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA DONACION EN EL CODIGO CIVIL

La donación es considerada en el artículo 609 como un modo de adquirir el dominio, radicalmente separado de aquellos supuestos en los que se adquiere también, pero como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición. La donación es un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace con las formas y solemnidades legales, y no un negocio del que surgiría para el donatario un derecho a exigir del donante el cumplimiento de la obligación de entrega a fin de adquirir la propiedad de lo donado.

Su perfección hace que el donatario adquiera la propiedad de la cosa donada, y si coetáneamente no se ha entregado, el donante estará obligado a ello en virtud del dominio ya transferido al donatario, nunca para que éste adquiera ese dominio. El artículo 618 nos demuestra que el legislador contempla a la donación en el momento en que se efectúa, *disponiendo* el donante de algo que le es propio. Dándole el calificativo de acto [1] precisamente quiere acentuar la separación de la donación de la órbita propia de los contratos como meros títulos hábiles para transferir el dominio, creadores de obligaciones de dar para su efectiva adquisición. Por tanto, esta definición corresponde a la donación traditoria o traslativa, en cuya virtud el donante no se obliga a transmitir, sino que efectiva e inmediatamente transmite la cosa donada.

[1] Es un lugar común en la doctrina sobre la donación exponer el origen de esta expresión, para justificar que es un contrato. Se dice que Napoleón no quiso que se llamase contrato pues la donación no surtía efectos para ambas partes. Pero dando por bueno que su genio fuese incapaz de comprender una elemental explicación jurídica que a buen seguro le darían los redactores de su Código civil, lo que no tiene sentido es mantener que el error ser perpetuase en los del nuestro, muy posterior.

¿Cabe, no obstante, la donación obligacional? ¿Podrá el donatario exigir al donante el cumplimiento de una promesa de donar que éste le ha hecho y que ha sido aceptada? No hay inconveniente alguno, toda vez que en la amplia definición de contrato que recoge el artículo 1.254 es posible que la obligación nazca para una de las partes (el donante) y que se funde en una causa de mera liberalidad (art. 1.274). Aquí estamos ante un contrato de donación en el que hay un acuerdo de voluntades consistente en la asunción de una obligación del donante frente al donatario. En otras palabras, ante la donación obligacional. El donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta la realización de la *traditio* o entrega, material o simbólica. El contrato estará sujeto a las reglas de forma y fondo de la donación traslativa, pues tienen por objeto prevenir al donante de una decisión poco meditada y de evitar posibles fraudes a personas interesadas (familiares, acreedores), razones que valen también para la donación obligacional [2].

III. REGIMEN LEGAL DE DONACIONES

Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título correspondiente a ellas del Código (art. 621).

Las reglas específicas atañen a las siguientes materias:

A) CAPACIDAD DEL DONANTE Y DONATARIO

Según el artículo 624, podrán hacer donación, «todos los que puedan con-

[2] La donación prometida y aceptada se considera válida y eficaz en los artículos 1.340 y 1.363 Cc. Sin embargo, en la jurisprudencia no hay un criterio definido. Las sentencias de 6 de junio de 1908, 22 de junio de 1982 y 20 de septiembre de 1986 se pronuncian por la negativa, y las de 7 de diciembre de 1948 y 14 de marzo de 1985 por la afirmativa.

La obligación de donar impuesta al donatario de la finca hace que esa donación sea modal o con carga, cuyo cumplimiento no es, a su vez, donación (S. de 20 de septiembre de 1986).

tratar y disponer de sus bienes», debiéndose entender que este último poder es el de disponer de los bienes objeto de la donación.

Los representantes legales de los menores o incapacitados podrán hacer donaciones por ellos, cumpliendo los requisitos legales, que se sustancian en la autorización judicial (arts. 166, p. 1°, 267 y 272-6.°).

El hijo mayor de dieciseis años puede donar con consentimiento de sus padres bienes que haya adquirido con su trabajo o industria (vid. art. 164.4.°). El emancipado o habilitado de edad necesitará ese consentimiento o el de un curador si la donación tiene por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323). El incapacitado que haya sido sujeto a curatela, requerirá el consentimiento del curador si la incapacitación comprendiese las donaciones (vid. arts. 290 y 272.6.°).

Las personas jurídicas privadas que tengan finalidad de lucro (sociedades civiles y mercantiles) podrán realizar actos aislados de donación, aunque sean en principio contrarios al lucro, si benefician indirectamente a la sociedad (regalos de propaganda, cuestaciones colectivas, etc.), o se hacen por un comportamiento de solidaridad social, o por otras razones atendibles (R. de 2 de febrero de 1966, sobre donación de un piso por una sociedad anónima a un empleado para recompensarle de sus servicios).

Hasta aquí la capacidad del donante. Por lo que respecta a la del donatario, es amplísima. Dice el artículo 625 que pueden aceptar donaciones «todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello». No obstante, debe tenerse en cuenta que la aceptación es un acto jurídico que requiere una capacidad, que aquí será la natural de entender, por lo que quien carezca de discernimiento suficiente no podrá aceptar una donación por sí mismo. Naturalmente, aquella capacidad estará en función del objeto donado y de las circunstancias en que se haga la donación.

Por otra parte, y a fin de evitar que una persona «especialmente incapacitada por ley para ello» reciba una donación, el artículo 628 declara la nulidad de las que han sido hechas simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, o por persona interpuesta [3].

Faltando la capacidad natural, la donación simple debe ser aceptada por los representantes legales del donatario. La no aceptación por los titulares de la patria potestad sobre el menor, o por el tutor del incapacitado requiere autorización judicial (arts. 166, p. 2 y 272.1.°).

Para aceptar donaciones condicionales [4] u onerosas el artículo 626 exige la capacidad de contratar, y las personas que la posean no podrán aceptarlas «sin

[3] El artículo 628 no dice «o», pero su sentido es ése. No es logico que si se dona a una persona interpuesta se tenga que utilizar además de la simulación personal la simulación del tipo negocial.

[4] En realidad, donaciones onerosas, que son donaciones con carga. El Código civil utiliza la palabra condición como equivalente a carga.

la *intervención* de sus legítimos representantes», que lo mismo consistirá en aceptarlas éstos en nombre del menor o incapaz, que en la aceptación por éste con el consentimiento de aquéllos. Obsérvese que *intervención* no significa sustitución de la persona del donatario, sino colaboración con éste.

El artículo 627, consecuente con el artículo 29, permite que la donación se haga al concebido y no nacido, que podrá ser aceptada «por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya el nacimiento». Es una medida excepcional de protección del concebido porque se estima un efecto favorable para él la donación que se le hace, y tiene como fin perfeccionarla a fin de que el donante quede vinculado ya, pero el representante hipotético que la acepta no puede exigir la entrega del bien al no tener el concebido patrimonio ni, por tanto, persona que lo administre. Por otra parte, para la plena eficacia de la donación el concebido ha de nacer en las condiciones del artículo 30, porque es entonces cuando tiene personalidad jurídica.

B) Objeto y límites de la donación

El artículo 634 dice que la donación puede comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos. El artículo 635 prohíbe la donación de bienes futuros, entendiendo por tales «aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación».

La prohibición de donar bienes futuros la circunscribía García Goyena «a los que el donante tendrá en tal época, o dejará al morir», es decir, bienes inconcretos o indeterminados [5]. Respecto de bienes específicos (p. ej., te donaré aquel coche que viste en la exposición), la prohibición es coherente con la regulación legal de la donación, que transfiere la propiedad de lo donado ya, desde que se dispone y acepta, por eso no podría tener lugar en los bienes futuros. Pero en una donación obligacional no tiene fundamento la prohibición.

Dos límites fija el Código al objeto de la donación:

1.° Dispone el artículo 634 que «la donación podrá comprender todos los bienes del donante, o parte de ellos, con tal de que éste se reserve en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Se exige, pues, una reserva de bienes (en propiedad o en usufructo), por lo que no se cumplirá la exigencia legal si se donan todos los bienes presentes, imponiendo al donatario la carga de alimentar, dar habi-

[5] El Código civil toma esta prohibición, a través del Proyecto de 1851, del artículo 943 del Código francés, que, a su vez, recoge lo que disponía la Ordenanza de 1731 sobre donaciones de carácter restrictivo. Exigía que la donación fuese actual e irrevocable, y la donación de bienes futuros ni era actual ni irrevocable, pues el donante podía dejarla sin efecto mediante una simple *omissio adquirendi*. García Goyena daba además otra razón: la de que la donación de bienes futuros vendría a ser una especie de pacto sucesorio, prohibido en el Proyecto de 1851 (y en el Código civil).

tación, etc., al donante. La donación, en lo que traspase aquel límite, será nula.

2.º El artículo 636 vuelve a establecer otra limitación: «Ninguno podrá dar o recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento.» Su *ratio* es la salvaguardia de los derechos de los herederos que tienen derecho a una parte de la herencia (la legítima, de la que el testador no puede disponer en beneficio de otras personas; arts. 806 y 807).

La infracción del límite del artículo 636 no hace nula la donación, sino reducible a instancia de los herederos forzosos (art. 655), sin que obste para que toda ella tenga efecto en vida del donante y el donatario haga suyos los frutos (art. 654). La reducción es una ineficacia parcial y sobrevenida, con grandes analogías con la rescisión.

Nos remitimos al Derecho de Sucesiones en esta materia, pues requiere una exposición previa del sistema legitimario.

C) Forma de la donación

La donación es un negocio sujeto históricamente a determinadas formalidades, que son distintas en el régimen del Código civil según se trate de muebles o de inmuebles.

a) *Bienes muebles.* Puede hacerse verbalmente o por escrito. La forma verbal requiere la entrega simultánea. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta de la misma forma la aceptación (art. 632)[6].

b) *Bienes inmuebles.* Para que sea válida, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura pública o en otra separada. En este último caso deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante (art. 633). Con la expresión «cargas que deba satisfacer el donatario» se alude a aquellas obligaciones que se pacten a su cargo (p. ej., pago de las deudas del donante).

c) *El incumplimiento de las formalidades.* La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el cumplimiento de los requisitos de forma es imprescindible para la existencia de la donación, negando con evidente exageración que en otro caso el donatario posea a título de dueño (Ss. de 13 de mayo de 1963 y 25 de junio de 1966). Niega también la validez de la donación de inmuebles disimulada bajo una compraventa del objeto que se quiere donar. Donante y donatario acuden a simular la celebración de una compraventa, que esconde en su seno el acto de donación, y ello por diversas razones: eludir los costes fiscales, el deseo que no aparezca al exterior, etc. Demostrada la simulación absoluta de la compraventa, se pretende que el negocio que esconde aflore y se declare su validez y eficacia, a lo que se opone aquella jurisprudencia cuando no resulta probada su existencia del modo y forma que exige el artículo 633 del Código civil.

Así pues, el consentimiento que las partes se intercambian en la escritura de compraventa, probada su inexistencia, no puede referirse a un consentimiento para la donación y su correspondiente aceptación. Se requiere que éstos se den ante el Notario sin ningún disfraz. Esta línea preponderante en la jurisprudencia[7] tiene una excepción: cuando se trata de donaciones remuneratorias (art. 619), aunque en realidad ello no debe quitar nada al presunto rigor formal del artículo 633, que no excepciona a ninguna (Ss. de 31 de mayo de 1982 y 9 de mayo de 1988).

Derivación de esta tesis sería la legitimación del heredero voluntario del donante para solicitar la nulidad de la donación. Cierto que los contratos disimulados no pueden ser atacados por los herederos voluntarios de las partes, pues son continuadores de la personalidad de ellas, pero aquí se pretende la declaración de la nulidad absoluta de la donación por defecto de forma, para lo cual, como negocio nulo, está legitimado todo interesado. La jurisprudencia, en cambio, se inclina por no reconocer más legitimación que la del heredero forzoso[8].

La nulidad por defecto de forma de la donación no puede ser saneada por su ratificación, aquiescencia o cumplimiento voluntario, por lo que quienes han observado alguna de estas conductas no pueden ver rechazada su acción por la doctrina de los actos propios. El Código civil no reprodujo en este punto la norma que al efecto contenía el párrafo 3.º del artículo 1.187 del Proyecto de 1851.

[6] Respecto a este último requisito hay jurisprudencia no uniforme en cuanto a la sustitución de la declaración de voluntad de aceptación por actos que la impliquen. La sentencia de 21 de noviembre de 1935 se manifiesta contraria, y a favor las de 13 de noviembre de 1962, 6 de abril de 1979 y 23 de mayo de 1987, por ser criterio más en armonía con la realidad social actual.

[7] Ss. de 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982 y las que en ellas se citan, de 24 de febrero de 1986, 10 de diciembre de 1987 y 26 de enero de 1988. La sentencia de 15 de octubre de 1985 niega incluso que la elevación posterior a escritura pública del documento privado de donación del inmueble signifique el cumplimiento del artículo 663.

La jurisprudencia que admite, por el contrario, la validez de la donación disimulada (y que no ha logrado consolidarse) exige que se pruebe que se quiso y se aceptó el desplazamiento patrimonial como donación, y que no hubo móvil ilícito (defraudar a herederos forzosos, acreedores, etc.) (Ss. 28 de febrero de 1974 y 10 de marzo de 1978).

[8] Sobre el tema, vid. F. de Castro: *La simulación y el requisito de forma de la donación de inmuebles*, A.D.D., 1953, p. 1.003; Vallet de Goytisolo: *Las donaciones de inmuebles disimuladas, según la jurisprudencia del T.S.*, A.D.C., 1972, p. 712; Capón Rey: A.D.C., 1977, p. 208; Díaz Alabart: *La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública*, R.D.P., 1980, p. 1.101.

D) La aceptación del donatario

Ordena el artículo 630 que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante. Claro está que de nulidad no se puede hablar propiamente, pues lo que hay entonces es una inexistencia del negocio dispositivo, al faltar el consentimiento de una de las partes.

El poder especial significa poder para aceptar una concreta y determinada donación. El poder general y bastante puede entenderse como un poder en el que se faculte al apoderado para aceptar donaciones, sin determinación de cuáles sean, o con una alusión al poder concebido en términos generales del artículo 1.713, que sólo comprende los actos de administración. Esta es la opinión preferible, pues la aceptación de una donación no es un acto de riguroso dominio, como lo prueba el que ni los titulares de la patria potestad ni el tutor necesiten autorización judicial al efecto, lo que sí ocurriría en caso contrario.

¿Qué efectos produce la aceptación del donatario? Nos encontramos con dos preceptos distintos: los artículos 623 y 629. Con arreglo al artículo 629, la aceptación hace que la donación *obligue* al donante y produzca efectos. De acuerdo con el artículo 623, la *perfección* de la donación sólo se alcanza cuando el donante conoce la aceptación.

Si no hay donación perfecta hasta el conocimiento por el donante de la aceptación ¿por qué se dice, sin embargo, que obliga al donante y produce efecto desde la aceptación? Para salvar esta contradicción se ha propuesto en nuestra doctrina, tras un análisis de los precedentes históricos inmediatos de los artículos 623 y 629, que la perfección de la que habla el artículo 623 equivale a irrevocabilidad de la donación (Lalaguna Domínguez). Sin embargo, no deja de seguir siendo un tanto desconcertante que una donación que obliga al donante y produce efectos por la aceptación (art. 629) pueda ser revocada por él libremente. En el Proyecto de 1851 no se contenía ninguna norma semejante al actual artículo 629; sólo se decía que «la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta, y se pone la aceptación en conocimiento del donante». La donación quedaba formada tras la aceptación y desde entonces era irrevocable. Ahora se pretende que su formación no impida su revocación, porque el donante desconoce la aceptación. Pero si desconoce la aceptación, ¿por qué va a producir entonces efectos la donación frente a él? Por otra parte, se opone a la consideración de que sea un supuesto de revocación de una donación perfecta el que no sea conceptuado así por el Código civil en los artículos 644 y siguientes, donde se regula la revocación de las donaciones.

En realidad, ambos artículos se refieren a supuestos distintos. El artículo 629 el de la donación de bien mueble con entrega simultánea de la cosa, y la de bienes inmuebles, en la que comparecen en la escritura pública donante y donatario manifestando sus voluntades. Pero si la donación de cosa mueble se hace por escrito o en la de inmueble no se verifica la aceptación en la misma escritura, sino en otra separada, rige el artículo 623, debiendo hacerse (la aceptación) en vida del donante (art. 633, p. 2).

IV. EFECTOS DE LA DONACION

El efecto típico de la donación reside en el empobrecimiento del donante y en el correlativo enriquecimiento del donatario. Pero aparte de este efecto típico se dan otros, que llamaríamos secundarios que son:

1.° *Inexistencia de la obligación de responder por evicción.*—Pero el artículo 638 dice que el donante se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante (subrogación *ex lege).* Añade una excepción para la donación onerosa, que expondremos al estudiar este tipo de donación.

El fundamento de esta irresponsabilidad se encuentra en el carácter gratuito de la adquisición del donatario, por lo que además de la evicción hay que comprender los vicios ocultos. No obstante, tanto en un caso como en otro, si se han producido daños al donatario conociendo el donante las causas de la evicción o los vicios ocultos sin comunicarlos a aquél, debe repararlos (violación de la buena fe; responsabilidad precontractual).

2.° *Inexistencia del derecho de acrecer.*—Dice el artículo 637, párrafo 1.°, que «cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer si el donante no hubiese dispuesto otra cosa». Por lo tanto, en caso de que alguno de los donatarios no quiera o no pueda aceptar, el acrecimiento a los demás de su parte se excluye en principio (vid. arts. 982 y 983). Seguramente han de extenderse estos motivos para abarcar todos aquellos casos en los que la aceptación sea o devenga ineficaz (v. gr., el donatario acepta después de muerto el donante), pues habrá una cuota vacante también.

Esta regla no se aplica en las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, según el párrafo 2.° del mismo precepto; hay entonces acrecimiento, salvo disposición contraria del donante.

Si la donación se ha hecho a varias personas asignando el donante partes iguales, rige también el artículo 637, pues da lo mismo que si fuese conjunta sin esa asignación. Partes hay siempre que concurran o más sobre una misma titularidad, lo decisivo es que sean iguales.

3.° *Inexistencia de la obligación de pagar las deudas del donante.*—Para que el donatario se encuentre obligado al pago es preciso que se estipule expresamente. Si así se ha hecho y no hubiere más especificaciones, sólo se entenderá que queda obligado a pagar las que aparecieren contraídas antes de la donación (art. 642).

La donación será entonces una donación con carga (art. 619), consistiendo ésta en la obligación de reembolsar al donante lo que hubiese satisfecho por razón de las deudas, sin que las mismas cambien de titular pasivo. La asun-

ción de deudas requiere el consentimiento expreso o tácito de los acreedores.

Si la donación se ha hecho en fraude de acreedores, el artículo 643 dice que el donatario «responderá» de las deudas del donante aunque no haya estipulación, y *presume siempre* hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla no se haya reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella. Esta presunción no excluye que existan otros supuestos en los que se oculte un fraude, pero, y de ahí la diferencia, tendrá que probarlo quien lo alega.

Es discutible lo que significa esa «responsabilidad» del donatario. Creemos que la donación fraudulenta autoriza a los acreedores para solicitar su rescisión, con lo que la garantía patrimonial de deudor-donante se aumenta por el reintegro de los bienes donados. Están legitimados únicamente los acreedores anteriores a la donación y no los posteriores, porque cuando contrataron con el donante ya tenía disminuido su propio patrimonio.

Esta interpretación es coherente con la normativa general de la rescisión de los actos del deudor en perjuicio de sus acreedores (arts. 1.111 y 1.291.3.°), y menos perjudicial para ellos que si se estimase que el artículo 643 es una excepción a aquel régimen, imponiendo al donatario el deber de pagar y estableciendo en consecuencia una asunción *ex lege* de las deudas sin consentimiento de los acreedores. Pueden concurrir entonces con los propios del donatario, con el riesgo de que su patrimonio sea insuficiente.

4.° *Deber de gratitud.*—El donatario tiene respecto del donante un deber lógico de gratitud, cuyo incumplimiento faculta en ciertas hipótesis que examinaremos posteriormente para la revocación de la donación.

V. REVOCACION DE LAS DONACIONES

La donación, una vez que han sido cumplidos los requisitos constitutivos exigidos legalmente, es irrevocable. No obstante, el Código civil autoriza en especiales supuestos, de interpretación estricta y no susceptibles de aplicación analógica, su revocación. Es decir, un cambio de la voluntad del donante, que se dirige ahora a dejar sin efecto el negocio jurídico.

Las causas por las cuales es legítimo ese cambio de voluntad son hechos sucesivos a la perfección del negocio y a su misma eficacia. De ahí que no jueguen como condiciones resolutorias, pues el donatario nunca tiene, por el mero hecho de la donación, un dominio sometido a tal condición, ni su concurrencia origina automáticamente la ineficacia del negocio, sino *la facultad* de privarle de efectos.

Tales causas son:

A) SUPERVIVENCIA O SUPERVENIENCIA DE HIJOS

Según el artículo 644, toda donación entre vivos, hecha por persona que

no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.° Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos [9].

2.° Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación. Lo mismo se ha de afirmar, entendemos, si se trata de descendientes.

Para dejar sin efecto la donación se concede al donante una acción de revocación, cuyo objeto lo constituye la restitución de los bienes donados o de su valor, si no pueden ser restituidos por haberse enajenado [10], apreciado por lo que valían al tiempo de hacerse la donación (art. 645) [11]. Esta acción es de carácter meramente personal en el sentido de que su acogida dará lugar a *una obligación* para el donatario de restituir, pero los terceros respecto a los cuales haya enajenado o gravado las cosas donadas no quedan afectados en su titularidad, salvo que, si se trata de bienes inmuebles, se haya anotado la demanda en el Registro de la Propiedad para evitar que los actos de disposición posteriores a ella queden amparados por el artículo 34 L.H. (art. 649 por analogía).

Si los bienes se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca pagando la cantidad que garantiza, con derecho a reclamarla del donatario (art. 645, p. 2.°). Naturalmente que el acreedor hipotecario ha de consentir en la anticipación de la deuda. No queriendo, y llegado el momento del pago del crédito garantizado con hipoteca, el deudor (donatario) puede no hacerlo. Es evidente que el donante ha de pagar para evitar que la hipoteca se ejecute, con derecho a reclamarlo del donatario.

El espíritu del precepto es que la disminución de valor sea pagada por el donatario. Por tanto, este efecto también se dará cuando el donante tenga que soportar otras cargas (p. ej., un usufructo, una servidumbre).

Está legitimado para el ejercicio de la acción el propio donante, transmitiéndose por su muerte a los hijos y descendientes (art. 646, p. 2.°). El plazo es el de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo, o de la existencia del que se creía muerto (art. 646, p. 1.°). Entendemos que es plazo de caducidad y no de prescripción, por analogía con la acción rescisoria, y porque se trata de alterar una situación jurídica (S. de 11 de mayo de 1966).

---

[9] Si el donante reconoce (o es determinada judicialmente su paternidad) a un hijo no matrimonial la donación debe de ser irrevocable si sabía de la existencia de tal hijo *suyo* antes de donar.

Si al hacer la donación tenía un hijo cuya filiación se impugna después con éxito, el donante debe ser considerado en aquel momento como si no tuviera hijo.

[10] El artículo 645 sólo habla de venta, pero es lógico que, si se han donado, haya que restituir también.

[11] Esta deuda de restitución es una deuda de valor, por lo que el donatario habrá de entregar lo que equivalga aquel valor a moneda actual.

La acción es irrenunciable (art. 646, p. 2.°). Debe interpretarse que por anticipado, antes que nazca el presupuesto legal de la revocación. Una vez surgido, el donante es libre de accionar o no.

La restitución del objeto donado se extiende también a los frutos, desde la interposición de la demanda (art. 651, p. 1.°).

Subsidiariamente deben aplicarse las normas de liquidación del estado posesorio en que ha estado un poseedor de buena fe que ve interrumpida su posesión por la demanda (arts. 450 y siguientes).

B) Ingratitud del donatario

La comisión de determinadas conductas especificadas en el artículo 648 supone para el legislador una ingratitud del donatario que faculta al donante para revocar la donación. Son:

1.°) *Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante.*

Al exigirse la comisión de un delito hay una evidente remisón al Código penal, pues técnicamente no hay delito civiles. Es discutible, en cambio, si el concepto de delito es el técnico-jurídico de carácter penal, o la conducta sancionable penalmente, bien como delito, bien como falta. Aunque la ingratitud se daría en un caso y en el otro, hay que pensar que el término «delito» lo ha escogido el legislador consciente de su diferenciación con las faltas; no tiene sentido lo contrario.

La «comisión» no es sinónima de que el donatario sea el autor; puede haber sido coautor, cómplice o encubridor. El artículo 648.1.° permite esta interpretación al no señalar nada sobre la cuestión, y ser su *ratio* el castigo de una ingratitud, que se revela en cualquier forma de participación en la comisión del delito. También silencia si la comisión del hecho ha de ser dolosa o basta la imprudencia; ha de inclinarse el intérprete por la exclusión de esta última posibilidad, pues no es reveladora de ingratitud.

El delito tiene que afectar a la persona, honra o bienes del donante, es decir, tiene que tener conexión con alguno de estos enunciados, pues no hay una remisión específica a rúbricas del Código penal. Así, por ejemplo, en los delitos contra la persona no se incluirán sólo el homicidio o asesinato o lesiones, sino también contra los bienes de la personalidad como la libertad (vid. Ss. de 23 de octubre de 1983 y 19 de noviembre de 1987).

La amnistía y el indulto carecen de efectos civiles; no borran la realidad de la ingratitud, por lo que no privarán de acción al donante.

2.° *Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad.*

La «imputación» no puede consistir en la mera denuncia, pues existe un deber general de denunciar la comisión de un delito cuya omisión de lugar a sanción penal. El sentido del término lo da García Goyena al comentar igual precepto del Proyecto de 1851: «Sobre delitos cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor». Por tanto, imputación es persecución, ejercitar una acción penal mediante querella criminal.

3.° *Si el donatario niega indebidamente alimentos al donante.*

No se trata sólo de que existiendo una obligación legal alimenticia entre parientes, el hecho de negárselos el obligado donatario al alimentista indebidamente sea causa de revocación, sino que el Código civil impone un deber alimenticio al donatario por el mero hecho de la donación, como demuestran los antecedentes del precepto (art. 1.488 del antiguo Código portugués, art. 764 del Código mejicano de 1870). Sería uno de los casos en que por ley se tiene derecho a alimentos, previsto en el artículo 153.

La cuantía de estos alimentos debe ser proporcionada a la donación, según sus precedentes legislativos.

No señala el Código civil si esta obligación alimenticia del donatario es subsidiaria de la obligación alimenticia legal entre parientes. Parece que hay que considerar a la primera como una especie de recursos propios del donante, que tiene su fuente en un empobrecimiento anterior de su patrimonio hecho voluntariamente, por lo que deberá ser objeto de la obligación alimenticia legal lo que falte para cubrir sus necesidades.

La acción de revocación por ingratitud es de carácter meramente personal, no afectando a terceros que hayan adquirido del donatario o tengan constituidas hipotecas (u otros derechos reales) sobre los bienes donados, salvo que la adquisición o constitución se produzca después de anotada la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad (art. 649). Dado ese carácter, la restitución abarcará entonces al valor de los bienes enajenados (a título oneroso o lucrativo) que no se puedan reclamar de terceros, atendiendo al tiempo de la donación para regularlo. Si han sido hipotecados, se concede al donante el derecho a reclamar del donatario «la cantidad en que hubiesen sido hipotecados» (art. 650). Creemos que también puede reclamar el menor valor que los bienes tengan como consecuencia de la imposición sobre ellos de cargas que el donante ha de soportar.

La acción ha de ejercitarse en el plazo de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de aquel ejercicio (art. 653). Por las mismas razones que expusimos al estudiar la supervivencia o superveniencia, el plazo debe considerarse como de caducidad.

El legitimado activo es solamente el donante, pero se transmite a sus herederos si no la pudo ejercitar (art. 653, p. 1.°, *a contrario).*

Legitimado pasivo es exclusivamente el donatario. Su muerte impide la interposición de la demanda de revocación. Si ocurriese después, el proceso continúa con su heredero (art. 652, p. 2.°).

La acción es irrenunciable anticipadamente (art. 652).

Los frutos del objeto donado los restituirá el donatario desde la interposición de la demanda (art. 651, p. 1.°).

Subsidiariamente debe regir la normativa de la revocación por supervivencia y superveniencia de hijos.

C) Incumplimiento de cargas

El artículo 647 otorga al donante la facultad de revocar la donación «cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso».

Es claro, sin embargo, que no estamos en presencia de condiciones (suspensivas o resolutorias) en sentido técnico, porque entonces no hace falta conceder al donante ninguna facultad: o no se da por adquirido el dominio (suspensiva) o se resuelve *ipso iure* (resolutoria). El incumplimiento de la condición planteará un problema de ineficacia, pero no de revocación.

El artículo 647 se circunscribe, en consecuencia, al ámbito de la donación con cargas, que son las obligaciones puestas al donatario. El donante, ante el incumplimiento de su voluntad, queda autorizado a revocar.

¿Afecta la revocación a terceros adquirentes? El párrafo 2.° del artículo 647 establece un principio general y una excepción. El principio general es el de que los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiere hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiere impuesto. La excepción se refiere a la «limitación establecidas, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria».

Por tanto, tratándose de inmuebles, si la carga figura en la inscripción en favor del donatario, el adquirente o el acreedor hipotecario no la pueden ignorar, por lo que sufrirán los efectos de la revocación (vid. art. 37, párrafo 1.°, L. H.), que en rigor no será nulidad de sus adquisiciones o hipotecas, sino pérdida de eficacia sobrevenida en razón de la revocación del título del donatario.

Esta misma conclusión debe ser operante, por evidentes razones de analogía, respecto a otros derechos reales distintos de la hipoteca.

Si la donación fue de bienes muebles no parece que el principio general de la no afección a tercero deba imponerse dado que la única excepción se refiere a inmuebles, que son a los que se aplica la Ley Hipotecaria. La misma necesidad de protección a la buena fe existe en materia mobiliaria, y aquí el precepto amparador del tercero sería el artículo 464.

¿Qué ocurrirá en cuanto a los bienes que no puedan ser restituidos al donante, y éste haya de soportar cargas impuestas por el donatario? Para esta hipótesis en los supuestos de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos y de ingratitud señala el Código la obligación del donatario de devolver su valor, o entregar el importe en que haya sido hipotecado, pensando en que la carga es una hipoteca (arts. 645 y 650), solución que puede extenderse al

caso de otras cargas distintas, si bien aquí sería deudor el donatario del desmerecimiento o disminución del valor que experimentaría el bien. El valor a considerar es el que tuviera al momento de hacer la donación (arts. 645, 3.°, y 650, 2.°). Se habla, conviene advertirlo, de una deuda de *valor,* no de una deuda de suma de dinero, por lo que es clara la necesidad de actualizar a pesetas constantes el precio que en aquel momento tuviere la cosa.

La liquidación del estado posesorio se aborda parcialmente en el párrafo 2.° del artículo 651, pues sólo se ocupa de los frutos de la cosa donada. El donatario debe devolver los percibidos desde que dejare de cumplir la condición (carga). El Código civil lo trata desde ese momento como un poseedor de buena fe al que se interrumpe legalmente la posesión (vid. art. 451, p. 1.°). No lo trata como un poseedor de mala fe, en cuanto no le obliga a devolver «frutos percibidos y los que el poseedor legítimo (aquí donante o herederos) hubiera podido percibir» (vid. art. 455). Por tanto, para la liquidación de otras partidas (gastos necesarios, mejoras, deterioro o destrucción de la cosa) se aplicarán las normas generales de los artículos 451-457, en lo que atañen a los poseedores de buena fe.

Este punto de vista del Código no es criticable. No hay posesión indebida o no legítima por el mero hecho de no cumplir la carga, ya que el donante puede o no revocar la donación, en otras palabras, puede o no darle importancia al incumplimiento.

A diferencia de otras acciones de revocación de donaciones, la que estudiamos no tiene establecido plazo de duración. Por razones de analogía, en tanto se trata de dejar sin efecto una situación jurídica creada, debería de ser aplicable el de caducidad de cuatro años de las acciones rescisorias (art. 1.299). Sin embargo, la jurisprudencia entiende que debe acudirse al plazo de la acción de revocación por ingratitud, por que tiene también de carácter personalísimo (S. de 11 de diciembre de 1987).

Ahora bien, si la carga no ha de cumplirse en vida del donante, los herederos deberán ser titulares de la acción de revocación, pues de lo contrario se dejaría al arbitrio del donatario el cumplimiento de su susodicha carga.

La acción de revocación es uno de los términos que tiene la opción del donante (o sus herederos) ante la conducta del donatario. El otro es la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de la carga (S. de 19 de enero de 1901).

VI. LA DONACION *MORTIS CAUSA*

La clásica figura de la donación *mortis causa* está recogida en el artículo 620, a cuyo tenor «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria». Estos efectos se refieren a la transmisión de la propiedad de la cosa donada.

Atendiendo a su origen histórico, se dice que estas donaciones se hacen por causa de muerte o de peligro mortal, o se informan del temor a la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en caso de vivir (Ss. de 24 de febrero de 1986 y las que cita).

Debido a esta *participación,* la donación *mortis causa* posee como características fundamentales: *a)* Revocabilidad por el donante, paralela a la facultad de que goza todo testador de revocar en cualquier momento el testamento. *b)* Necesidad de que el donatario sobreviva al donante, porque la donación no produce efectos sino *post morten,* de la misma forma que el heredero ha de sobrevivir al causante para heredarle. *c)* La jurisprudencia declara también de manera reiterada que a las donaciones *mortis causa* se le aplican las reglas de *forma* de las disposiciones testamentarias. Han de revestir la forma y solemnidad de los testamentos (Ss. de 8 de julio de 1945, 19 de junio y 29 de octubre de 1956 y 24 de febrero de 1986).

Como dice VALLET DE GOYTISOLO, el hecho de que la donación se otorgue estando el donante enfermo o en ocasión o en víspera de peligros, no basta por sí solo para calificarla de *mortis causa.* Las condiciones y los plazos no pueden presumirse y, por tanto, toda donación, en principio, debe suponerse pura. Y siendo la donación *mortis causa* una donación pendiente de la premoriencia del donante al donatario, para estimarla como tal será necesario: bien mencionar dicha circunstancia o darle la denominación correspondiente, o, en fin, determinar paladinamente que se efectúa por causa de muerte.

Partiendo de que el efecto jurídico de la donación no se realiza sino cuando el donante muere, siendo hasta entonces revocable, cabe que éste disponga la transmisión para después de su muerte, permaneciendo el objeto en su patrimonio, o bien que entregue su posesión al donatario. La entrega de esa posesión no significa en modo alguno desnaturalización del concepto de donación *mortis causa.* El dominio no lo adquiere el donatario si no sobrevive al donante, como el llamado a la herencia no es heredero si no sobrevive a su causante.

En la doctrina se habla también de donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio, debido más que nada a que históricamente fue el modo en que nació la figura. En esta donación el donatario adquiere desde el momento mismo en que el donante le transmite, pero su adquisición se resuelve si muere antes el donante.

VII. DONACIONES MODALES U ONEROSAS Y CON CAUSA ONEROSA

Los actos de liberalidad como la donación y las disposiciones testamentarias son los únicos que admiten la posibilidad de someterlos a un modo, que es una obligación cuyo cumplimiento se impone al beneficiario, y que limita de alguna manera, por tanto, la atribución que se le hace. Esta obligación es producto de una determinación accesoria de la voluntad del donante, pues quiere principalmente enriquecer gratuitamente al donatario *(animus donandi),* pero además pretende la consecución de otros fines; la liberalidad es el vehículo para su obtención. La asunción de la carga por el donatario no es contraprestación de la liberalidad que recibe, transformándose la donación en un contrato de cambio, en un contrato oneroso. Es claro en este punto el artículo 619, al afirmar que es también donación «aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado», es decir, que no se muda la estructura ni naturaleza del tipo negocial. La exigencia de que el gravamen sea inferior al valor de lo donado obedece a que, si fuese igual o superior, desaparece el presupuesto de toda donación, que es el enriquecimiento del donatario. La comparación entre ambos valores debe referirse al momento de la donación, que es cuando hay que calificar el acto, y cuando el donatario ha de dar su consentimiento, en el que influirá el resultado de la valoración (SCUTO).

Ahora bien, el artículo 619 no autoriza a deducir que la prestación que el modo impone ha de tener siempre carácter patrimonial. Cualquier prestación del donatario puede tener coerción jurídica sin necesidad de que pueda traducirse a dinero para ello, a través de la facultad que da al donante el artículo 647 para revocar el modo en caso de incumplimiento. No queda, pues, en estos casos, al arbitrio del donatario el cumplir.

A la donación modal el Código civil la denomina «donación onerosa», y ésta es una donación con carga o gravamen (arts. 626 y 647, siendo sinónimo *condición* de carga; art. 638, *in fine*).

En la donación onerosa, «responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen» (art. 638, *in fine*). Se entiende que es hasta la concurrencia del gravamen con el valor de lo donado. El fundamento de esta obligación está en que el legislador no quiere que la donación lleve a un empobrecimiento del donatario.

La responsabilidad del donante debe extenderse, por la misma razón, a los vicios ocultos de la cosa.

Dentro de las donaciones onerosas cabe distinguir las donaciones con causa onerosa. El artículo 622 alude a ellas, diciendo que se regirán por las reglas de los contratos.

Las donaciones con causa onerosa es una denominación evidentemente impropia, pues la causa de la donación es siempre el ánimo liberal según el artículo 1.274. La causa onerosa, también de acuerdo con este último precepto, supone una prestación a cambio de otra prestación actual o futura, por lo que mal puede existir entonces ánimo liberal.

Estas «donaciones» deben ser las donaciones con cargas en las que el valor de éstas absorba o sea superior al objeto donado. Efectivamente, si el artículo 619 conceptúa como donación aquella en que el valor de las cargas fuese inferior, quiere decir que si es superior ya no hay donación, sino contrato de cambio. No hay donación porque para el Código civil hay una transformación de la causa: de liberal pasa a onerosa. Por eso es coherente el artículo 622, al ordenar que se rijan por las reglas de los contratos. No se da ningún enriquecimiento del donatario y correlativo y empobrecimiento del donante.

VIII. DONACION REMUNERATORIA

A las donaciones remuneratorias alude el artículo 622, pero no se da en el Código civil una definición específica de ellas. Generalmente se interpreta que es el artículo 619 el que lo hace, al decir que «es también donación la que hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles». Sin embargo, la donación por méritos del donatario no es más que una donación simple y ordinaria, en la que el móvil que lleva al donante a tener *animus donandi* son los méritos del donatario. La donación remuneratoria es la que se hace por servicios prestados al donante.

Esos servicios no han de constituir deudas exigibles, bien porque el donatario renuncia a su pago, o porque no tenía derecho a cobrarlos, o porque fueron inestimables. El móvil o motivo de la donación es el de recompensarlos. Se ha dicho que aquí se inscrutan en el *animis donandi* para formar la causa de la donación; no quedan fuera de ella como en cualquier otra, y se recurre al artículo 1.274, en el que se distingue una causa remuneratoria como distinta de la causa de liberalidad y de la onerosa, señalándose que es «el servicio o beneficio que se remunera». No parece correcta la tesis; la causa remuneratoria se toma del Proyecto de 1851, y GARCÍA GOYENA afirma (al comentar su artículo 997) que los contratos remuneratorios se reputan onerosos, seguramente pensando en un convenio por el que lo dado o prometido se entiende como *pago* de servicios.

El gran problema que tiene la donación remuneratoria en el Código civil es el de su regulación. En efecto, el artículo 622 ordena que se rijan por las disposiciones sobre la donación «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», siendo así que por definición no hay imposición de ningún gravamen en la donación remuneratoria, que mira al pasado (servicios *prestados* al donante). Para resolver esta contradicción se ha pensado que el artículo 622 no se refiere en realidad a las donaciones remuneratorias (que se eliminan del artículo 622), sino a las donaciones con causa onerosa, de las que también se ocupa el precepto, que distinguiría así en ellas dos partes: hasta la concurrencia del valor de la carga impuesta con el de la donación se aplicarán las reglas de los contratos onerosos; el exceso de valor de la donación sobre el de la carga, por las reglas de la donación. También se pretende extender este mismo régimen a las donaciones remuneratorias, transformando «gravamen impuesto» por «servicios prestados». Incluso se acoge la hipótesis de que el artículo 622, en su alusión a las donaciones remuneratorias, contempla a las que se hacen para remunerar servicios futuros (dono para que...).

Ninguna de estas posiciones son satisfactorias, desde nuestro punto de vista de que donación con causa onerosa no es más que una donación con una carga que es por lo menos igual al valor de la donación. Tampoco creemos que el artículo 622 prevea una donación por servicios futuros, que sería una donación con carga o condicional *(si se hacen)*. El artículo 622 es, pues, un precepto inaplicable para la donación remuneratoria, salvo que se recurra a la sustitución de «gravamen impuesto» por «servicios prestados», que es arbitraria por no poder fundamentarse en ninguna base legal.

IX. DONACIONES CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER POR EL DONANTE

El Código civil se aparta en el artículo 639 de la regla originada en el antiguo Derecho francés según la cual *donner et retenir ne vaut,* y admite que el donante pueda reservarse «la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado». Son, pues, don supuestos diferenciados, el primero claro en su formulación, y el segundo oscuro. Hay que entender que la facultad del donante de disponer de alguna cantidad con cargo a los bienes (segundo supuesto) significa la facultad de exigir del donatario el pago de una suma dentro del valor de los bienes donados, a modo de carga o gravamen (donación modal).

La facultad de disponer de alguno de los bienes es discutible si puede configurar la donación como condicional, bien en forma suspensiva, bien resolutoria, o es una causa de revocación. Desde luego no puede interpretarse literalmente el precepto en el sentido de que el donante se reserva la facultad de disposición, pasando al donatario el resto de las facultades dominicales. La facultad de disposición va ínsita en la titularidad del derecho subjetivo de propiedad del que es inseparable. Otra cosa sería si el donante se hubiese reservado la nuda propiedad y atribuyese al donatario el usufructo, pero es ésta una figura distinta de la recogida en el artículo 639. En ella, cuando el donante dispone, dispone de la totalidad de la cosa, no de un hipotético derecho de nuda propiedad.

La redacción del artículo 639 da idea de que el querer del donante ha sido transmitir al donatario, no subordinar esa transmisión al evento de que no disponga. Tampoco parece que quiera la resolución del negocio de donación si lo hace, borrando las consecuencias de lo acaecido hasta entonces (restitución de los frutos percibidos por el donatario, etc.). Por eso la situación guarda una mayor analogía con la revocación de la donación, aunque también es dudoso que el Código civil haya pensado en ello, porque la revocación es una acción que tiene por objeto que el donatario devuelva la cosa donada; es una *mera obligación* que surge para él del hecho de la revocación, por lo que el donante no podría disponer hasta que la cumpliese. En cambio, en la figura en estudio, el donante puede disponer directamente de la cosa que pertenece al donatario.

Por todas estas consideraciones, nos parece más verosímil que la reserva de la facultad de disposición no sea más que la concesión de una legitimación al donante para realizar en su propio beneficio e interés un acto de disposición

sobre la esfera jurídica ajena, que tiene como ingrediente constitutivo una correlativa prohibición de disponer para el donatario.

La reserva alcanza a «algunos» bienes, por lo que parece que no a todos, y si hay un único bien, no hay posibilidad de ella (S. de 7 de julio de 1978). Se dice que de lo contrario no habría propósito de donar, pero si tenemos en cuenta que el Código civil se aparta del modelo francés, en el que rige desde su Derecho antiguo la regla *donner et retenir ne vaut,* no hay razones para negar la posibilidad de una reserva del total. Además, la reserva no incide en la donación hasta que el donante haga uso de la facultad.

La facultad de disposición es del donante exclusivamente, que puede hacer uso de ella *inter vivos* o *mortis causa,* salvo que se haya concretado los tipos de actos al donar. No pasa a sus herederos, pues su muerte extingue la reserva, ni cabe admitir pacto en contrario por la repercusión que tiene sobre la libre circulación de los bienes. Precisamente por esta razón las partes pueden anticipar el momento de la extinción; no se limita exclusivamente a la muerte del donante (TORRENTE).

En estas donaciones, el donatario adquiere desde luego la propiedad de lo afectado por la reserva. Pero todos los negocios que haga (excepto, seguramente, el arrendamiento en las condiciones del artículo 1.520) dependen en su eficacia definitiva de que el donante haga uso o no de su facultad. La protección de terceros dependerá de la aplicación del principio de protección a la apariencia jurídica (art. 464 C.c.; art. 34 L.H.).

X. DONACIONES CON CLAUSULA DE REVERSION

El artículo 641 permite la estipulación de una cláusula de reversión en la donación bien en favor del donante, bien en favor de terceros.

La reversión en favor del donante puede establecerse «para cualquier caso y circunstancia». La reversión en favor de terceros «en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias». La remisión se hace a las sustituciones fideicomisarias.

La reversión es una verdadera sustitución, y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas, decía GARCÍA GOYENA interpretando el artículo 959 del Proyecto de 1851, que sólo admitía la establecida en favor del donante pero no en favor de terceras personas, puesto que en él se prohibían las sustituciones fideicomisarias.

La sustitución fideicomisaria supone una vinculación de unos bienes; el patrimonio hereditario pasa de una persona, que lo ha de conservar, a otra, y así sucesivamente. El artículo 781 señala una limitación a estos llamamientos sucesivos, para que la propiedad no quede amortizada; deben hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del donatario, o que no pasen del segundo grado, lo cual se interpreta generalmente como autorizante

de dos llamamientos sucesivos a personas que entonces no vivan (además, claro está, del primer llamamiento a persona que ha de vivir).

La reversión en favor del donante puede depender de una condición o de un plazo. El cumplimiento de la condición es el evento del que depende que los bienes pasen al donante, y el del plazo implica la llegada del término final puesto a la titularidad del donatario.

En el primer supuesto, si el donante muere antes del cumplimiento del evento, el donatario purifica su titularidad, de la misma manera que en la sustitución fideicomisaria ésta desaparece si la persona a la cual el heredero le tiene que transmitir los bienes heredados con cláusula de sustitución le premuere; los bienes quedan en su patrimonio libres de toda vinculación.

Cuando la reversión se hace en favor de terceros, el pase de los bienes donados a éstos puede hacerse depender de una condición o de un término (p. ej., a la muerte del primer donatario). Se cuestiona si esos terceros han de aceptar, o si la donación es una figura de una sola pieza, no hay otros *donatarios* (más que el primero), sino beneficiarios sucesivos de una misma donación: ésta es la única que debe ser aceptada.

En realidad los terceros son también donatarios; en la reversión en favor de tercero existe otra donación, que exige la necesidad de su aceptación. Hasta entonces es revocable por el donante que no la conozca, salvo que haya renunciado a la facultad de revocar.

La aceptación puede darse antes de que se cumpla el evento o el término reversional si quiere ser titular el aceptante de expectativas transmisibles a sus sucesores o de una titularidad aplazada, respectivamente, también transmisible. Ha de darse en vida del donante en estos casos (art. 632, p. 2.°), e impedirá la revocación de la donación. Si los donatarios sucesivos no quieren o no pueden aceptar (v. gr., por no estar concebidos) hasta el momento en que se cumpla el evento o término reversional, están en su derecho, aunque corran el riesgo de la revocación y de no transmitir nada a sus sucesores si mueren antes.

Una vez que suceda el evento a que estaba condicionada la reversión o llegue el término fijado para ella, el donatario ha de transmitir al sucesivo que haya aceptado. Su posición jurídica, mientras, es igual que la del heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria, en la que ha de conservar la herencia para transmitirla al sucesivo o heredero fideicomisario: ha de conservar los bienes, no pudiendo disponer de ellos, salvo en la reversión condicional, aunque quedando en esta última hipótesis los actos de disposición sujetos también a condición; tiene derecho a todo lo que sean frutos o productos de los bienes; puede hacer mejoras útiles, que le serán indemnizables; tiene derecho a reclamar el reembolso de cuantos pagos legítimos haya hecho, por ejemplo, ha liberado con su dinero una hipoteca que pesaba sobre la finca (vid. art. 781).

Si cumplida la condición o llegado el término no existe el donatario sucesivo o no ha aceptado antes o no quiere aceptar ahora, el primer donatario purifica su adquisición y no está obligado a ninguna restitución.

Si la cláusula de reversión se introduce posteriormente a la donación, han

de cumplirse los mismos requisitos de forma que para ésta (S. de 14 de mayo de 1987).

XI. DONACIONES DE NUDA PROPIEDAD Y USUFRUCTO

También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación (para este último caso) establecida en el artículo 781 (art. 640). En realidad, las donaciones sucesivas de usufructo no son más que aplicación específica de la doctrina sobre la reversión en favor de ulteriores donatarios.

XII. DONACIONES INDIRECTAS

El esquema legal de la donación impone evidentemente cortapisas a la autonomía de la voluntad en tanto que el enriquecimiento del donatario debe hacerse dentro de las formas y límites que el Código civil ordena. Pero el empobrecimiento del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario se efectúa a veces mediante la celebración de otros negocios jurídicos, que tienen su causa propia y sus propios esquemas con los que se alcanzan sus fines típicos, con la intención de enriquecer al donatario. Es el caso del que paga una deuda ajena y no exige su importe ulteriormente al deudor (art. 1.158); de la estipulación en provecho de tercero (art. 1.257), cuando el estipulante obtiene del promitente que efectuará una prestación en favor de un tercero sin existir ninguna relación onerosa entre éste y aquel estipulante para que haya de recibir de él una prestación aunque sea a través del promitente, y obligándose tal estipulante respecto al promitente en razón de esa prestación que ha de realizar.

La donación indirecta se ha caracterizado frente a la directa porque por medios jurídicos válidos y realmente queridos por las partes, pero distintos a los formalmente previstos en los artículos 618 y siguientes del Código civil, se consigue el resultado o fin típico de la donación. En otras palabras, se consigue ese resultado a través de un medio que no es el típicamente señalado en los cuadros legislativos de la donación (VALLET DE GOYTISOLO).

La donación indirecta (uno de los supuestos que se incluyen en la discutida categoría de los negocios indirectos) debe someterse a todas las normas de la donación propia que tienen por fin la protección de terceros o del interés social (salvo las de forma, porque, como dice TORRENTE, entonces se prohibiría a las partes valerse de otros esquemas negociales distintos de los típicos para sus fines). Así, por ejemplo, las que regulan la revocación por ingratitud o por supervivencia o superveniencia de hijos; las que declaran reducibles o rescindibles las donaciones en cuanto perjudiquen la legítima de los herederos forzosos o a los acreedores respectivamente. De lo contrario, el negocio indirecto se mostraría como instrumento de evasión de normas imperativas.

Dentro de la categoría general de la donación indirecta se incluye tradicionalmente el llamado *negotium mixtum cum donatione,* que es un contrato oneroso (con prestaciones recíprocas) que se concluye conscientemente (por las partes) de que a través de él se desea el beneficio de una de ellas. Caso típico es el de la «compraventa amistosa». El vendedor vende una cosa mediante un precio bajo, con el ánimo de enriquecer al donatario con la diferencia existente hasta el precio normal [12]. No hay, observa exactamente RUBINO, un contrato mixto, que es venta en la parte que llega hasta el precio fijado, y donación en la que excede hasta el normal de la cosa, porque no se ve cómo dos contratos que constrastan absolutamente en su causa como la venta y la donación puedan fundirse en un único contrato con sus distintas regulaciones [13]. Tampoco existe una donación exclusivamente, porque supone ello una violencia injustificada a la voluntad de las partes, además de que la ley no prescribe un mínimo de adecuación del precio al valor del derecho transferido. En realidad, se aprecia la existencia de un contrato de venta, pero con un intento ulterior de liberalidad, al cual es necesario dar una relevancia jurídica, porque es determinante del consentimiento y común a ambas partes. Por ello entendemos que deben aplicársele las reglas de la donación que protegen los intereses de terceros (legitimarios, acreedores) [14].

XIII. LAS LIBERALIDADES DE USO

Es un hecho que muchas veces el enriquecimiento del donatario y el correlativo empobrecimiento del donante obedece al cumplimiento de normas que imponen los usos sociales. Se da siempre el efecto propio de la donación y lo que ocurre es que el uso social será *la fuente de regulación de la liberalidad.* Pugnaría con la conciencia social el sometimiento rígido a las normas legales de la donación. Precisamente en su conformidad a los usos está la garantía de que no se concierta en perjuicio de quien lo cumple o de terceros (herederos forzosos, acredores).

[12] Hablamos de precio bajo y no de precio irrisorio (venta por una peseta). En este segundo caso hay una donación simulada simplemente.

[13] La sentencia de 19 de junio de 1978 conceptúa una venta de acciones de una sociedad anónima hecha por el padre a la hija por un precio representativo del 20 por 100 de su valor nominal como una liberalidad en la diferencia. De transmisión con causa mixta habla la referida sentencia.

[14] Por eso, la sentencia de 19 de junio de 1978, citada en la nota anterior, obligó a colacionar en la herencia del vendedor la liberalidad hecha a su hija, compradora.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO-DÍAZ ALABART: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 8, vol. 2, Madrid, 1986; CALVO SORIANO: *Tradición y donación,* A. A. M. N., t. 3, p. 399; CASTILLO TAMARIT: *Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima,* A. D. C., 1982, p. 357; CRISTÓBAL MONTES: *La donación con reserva de disponer,* Caracas, 1971; *El principio de irrevocabilidad de las donaciones,* R. G. L. J., 1969, I, p. 699; DE CASTRO Y BRAVO: *La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble,* A. D. C., 1953, p. 1003; *El negocio jurídico,* Madrid, 1967, p. 266; DE LOS MOZOS: *La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica,* R. D. P., 1971, p. 814; DÍEZ ALABART: *La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública,* R. D. P., 1980, p. 1101; DÍEZ-PICAZO: *Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante,* en «Estudios de Derecho Privado», Madrid, 1980, p. 209; DÍEZ PASTOR: *La donación al no concebido,* A. A. M. N., t. 6, p. 111; FERRANDIS VILELLA: *Donación traslativa y contrato de donación,* en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», v. IV, 1960, p. 329; FUENMAYOR: *Sobre una revisión de las donaciones «mortis causa» en nuestro Código civil,* A. D. C., 1951, p. 1082; *La deuda alimenticia del donatario,* R. D. P., 1942, p. 154; *La revocación de la propiedad,* Madrid, 1942; GORLA: *El contrato,* trad. esp. con notas de Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959; LACRUZ BERDEJO: *Donaciones con cláusula de reversión,* en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1958, p. 242; LALAGUNA: *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa,* R. D. P., 1973, p. 38; *Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación,* R. D. P., 1964, p. 275; LÓPEZ PALOP: *La donación remuneratoria y el artículo 662 de nuestro Código civil,* A. A. M. N., t. 3, p. 17; NART: *Donación y reversión a personas futuras,* A. D. C., 1952, p. 579; NÚÑEZ LAGOS: *Pagos de lo indebido sin error,* R. G. L. J., 1946, I, p. 142; ORTEGA PARDO: *Donaciones indirectas,* A. D. C., 1949, p. 918; PONS PÉREZ: *La reversión de donaciones en el Código civil,* R. D. P., 1957, p. 1181; ROCA SASTRE: *La donación «mortis causa» en el Código civil español,* en «Estudios de Derecho Privado», I, p. 563, RODRÍGUEZ ADRADOS: *La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer,* A. A. M. N., t. 16, p. 419; SÁNCHEZ BLANCO: *Sobre la naturaleza y forma de la donación,* en «Información Jurídica», 1952, p. 795; SIMÓ SANTONJA: *Contrato de donación y persona jurídica,* R. D. P., 1963, p. 978; SOTO BISQUERT: *La donación con cláusula de reversión,* R. C. D. I., 1967, p. 359; TORRALBA SORIANO: *El modo en el Derecho civil,* Alicante, 1966; VALLET: *Estudio sobre donaciones,* Madrid, 1978.

24. EL ARRENDAMIENTO DE COSAS

I. LA CONCEPCION UNITARIA DE LOS ARRENDAMIENTOS Y SU CRITICA

El Código civil dedica el título VI del libro IV a regular el «contrato de arrendamiento». Y lo abre con un capítulo de disposiciones generales, donde se limita a decir que el arrendamiento puede ser de cosas, de obras o de servicios (art. 1.542), y a definir cada uno de ellos. Esta forma unitaria de configurar el arrendamiento procede de la concepción romanista para la que *locatio-conductio* presentaba tres variantes: *locatio condutio rei, locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis.* Con el fin de abarcar las tres variantes en una sola definición, se dice que el contrato de arrendamiento es aquel por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio y ésta, a cambio de ello, a proporcionarle el uso y disfrute temporal de una cosa, a prestarle determinados servicios o a llevar a cabo una obra. Según explica ARIAS RAMOS, la razón de la unificación se encontraría en el significado corriente en la idea de *locare* (colocar o poner una situación), que abarca tanto el acto de destinar una finca o cualquier otra cosa al arriendo, como el de ponerse a prestar servicios a otra persona, como el de proporcionar un fundo al contratista o empresario para que construya una obra. Se señala también que la terminología nació probablemente en hipótesis referente a obras del Estado y que de allí pasó al Derecho privado.

Es claro, sin embargo, que la unificación es puramente formal y que falta toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, a obras y a servicios, como lo demuestra el hecho de que las pretendidas disposiciones generales del Código civil no pasen de ser meros intentos de definición, sin que exista, en rigor, ninguna norma común a todas estas figuras. La doctrina moderna prescinde por completo de la artificial unificación que todavía recoge nuestro Código civil, distinguiendo tres tipos contractuales independientes de arrendamiento.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS

Define el artículo 1.543 el contrato de arrendamiento de cosas como aquél por el que «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». La duración *temporal,* y el precio *cierto* son notas características de esta relación, en la que se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa y arrendatario al que lo adquiere (art. 1.546). Es, además, un contrato que se perfecciona por el mero consenti-

miento, creador de obligaciones recíprocas (uso de la cosa contra el pago de la contraprestación), y de tracto sucesivo por extenderse su ejecución durante un período de tiempo.

El Código civil no regula específicamente el arrendamiento de cosas, sino el de «fincas rústicas y urbanas», seguramente por estimar que son los más importantes. Hoy precisamente la visión debe ser otra, dado que los arrendamientos rústicos y urbanos están regulados imperativamente por leyes especiales que por su permanencia se han convertido en lo que pudiera llamarse una legislación común de ellos. Pero no existen especiales inconvenientes para aplicar la normativa del Código sobre los arrendamientos rústicos y urbanos a los restantes arrendamientos de cosas, con las debidas matizaciones según la naturaleza de su objeto.

Tampoco el Código civil hace distinción en esa normativa según que el arrendamiento transmita sólo el uso o también el goce de la cosa, pese a ser este último un concepto más amplio que permite al arrendatario obtener sus frutos.

III. CAPACIDAD PARA CONCERTAR EL ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es un acto de administración en tanto que es un modo normal de explotar los bienes y obtener un rendimiento de ellos. En principio, pues, bastará que el arrendador tenga capacidad para administrar.

Si la duración del contrato excede de seis años, el artículo 1.548 señala que los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes (ajenos) sin poder especial, no podrán darlos en arrendamiento. Hay que intepretar que se conceptúa el contrato como un acto que excede de la ordinaria administración, entrando en la esfera de los actos de gravamen (para los que se necesita poder de disposición)

Este tratamiento de los arrendamientos de inmuebles con una duración superior a seis años se justifica si se tiene en cuenta que tienen aptitud para ser oponibles a terceros en tanto pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. Producen, pues, efectos como si fuesen derechos reales. Lo mismo ocurre, aunque no lleguen a aquel plazo, si se anticipan rentas de tres o más años o hay convenio para su inscripción, por lo que debe regir también el artículo 1.548 (vid. art. 2.°5 Ley Hipotecaria).

El artículo 1.548 exige al administrador «poder especial», es decir, no le vale el que tiene para administrar, sino que ha de ser un poder de disposición sobre el bien, lo que le faculta para gravarlo, o un poder *ad hoc* para arrendarlo en las condiciones señaladas.

El precepto niega capacidad a los padres o tutores para celebrar ese contrato, pero *por sí solos*. El tutor puede con autorización judicial dar arrendamientos «sujetos a prórroga forzosa» (art. 272.4), es decir, arrendamientos rústicos y urbanos sometidos a las respectivas Leyes especiales. Su larga duración por la prórroga forzosa, junto con su oponibilidad a terceros aunque no estén inscritos en el Registro de la Propiedad, que dichas Leyes disponen, los pone en línea con los derechos reales en cosa ajena. También los demás arrendamientos que sean susceptibles de inscripción registral deberán contar con la preceptiva autorización judicial (art. 271.2.°). Lo mismo puede decirse de los padres respecto de los bienes que administran de sus hijos sometidos a la patria potestad (art. 166) [1].

Para los muebles, según el espíritu que se deduce de la regulación expuesta, habría que considerar que constituye un acto que excede de la ordinaria administración el arriendo por más de seis años. Pero ni los tutores ni los padres necesitan autorización judicial entonces, salvo que los muebles sean de objetos preciosos (arts. 166 y 271.2.°).

Junto a la capacidad para concertar el arrendamiento en los términos expuestos, el arrendador ha de tener, si no es propietario, un derecho de disfrute sobre la cosa que no sea intransmisible (v.gr., como usufructuario, enfiteuta, pero no como titular de un derecho real de habitación o de uso por lo prevenido en el art. 525). El titular de una concesión administrativa puede arrendarla, si el título no se lo impide expresamente, de la misma manera que un usufructuario (S. de 17 de octubre de 1986).

La capacidad del arrendatario no se encuentra expresamente regulada. Bastará, por consiguiente, que posea la capacidad general para contratar.

IV. EL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO

El artículo 1.545 sienta una prohibición: «los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato». Este precepto hay que entenderlo con alguna matización. Puede suceder que una misma cosa sea susceptible de varios usos, uno que la consuma y otro que no, supuesto este último en el cual no hay inconveniente para que pueda ser arrendada.

Las cosas pueden ser arrendadas como unidades separadas o formando un conjunto. No hay, en efecto, ningún inconveniente para que el objeto del arrendamiento sea una universalidad. Como forma especial de universalidad se admite el arrendamiento de una empresa o establecimiento mercantil, que comprende tanto su base física como los restantes elementos que forman parte de ella (utillaje, instalaciones, signos distintivos, etc.). Precisamente la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, reconoce la existencia del arrendamiento de empresa, pero no lo somete a sus normas, sino a lo pactado y a lo dispuesto en la legislación civil.

[1] La sentencia de 30 de marzo de 1987, en relación con los arrendamientos sometidos a la L.A.U. y sujetos a prórroga forzosa, entiende que los padres pueden arrendarlos si el plazo *pactado* no excede de *seis años*. La discordancia con la limitación que se impone al tutor es evidente e injustificada. La prórroga forzosa hace desmerecer el bien arrendado; es una especie de gravamen sobre el mismo.

En el arrendamiento de empresa no sólo se arrienda un local, sino el negocio o industria en él instalado, de modo que su objeto es una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas (art. 3.° L.A.U.). Como ha declarado del Tribunal Supremo, el objeto del arrendamiento de industria es un complejo de elementos materiales, conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinado a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente; un todo organizado (Ss. de 14 de marzo de 1961, 18 de junio de 1963, 13 de noviembre de 1963). Los elementos cedidos han de estar armónicamente orientados al fin propuesto, sin que al arrendatario le sea *necesario* aportar otros por su cuenta, aunque éste puede ampliar elementos o utensilios que conduzcan a *facilitar* la explotación o a su mejoramiento (Ss. de 1 de marzo de 1984 y 19 de febrero de 1987). La sustitución de alguno de los elementos por conveniencia, comodidad o deseo de mejoramiento, realizado por el arrendatario, no modifica la calificación del contrato como arrendamiento de industria (Ss. de 10 de octubre de 1984 y 23 de abril de 1987). Tampoco es necesario que la explotación estuviera antes en actividad (Ss. de 10 de enero de 1985, 24 de febrero y 10 de abril de 1987).

En este arrendamiento pueden comprenderse materias primas o mercancías que es necesario trabajar o enajenar para la explotación de la empresa. Lo normal es que no sean objeto del arrendamiento, sino que se compren por el arrendatario. Cuando esto no suceda, el arrendatario debe considerarse facultado para su disposición, debiendo restituir a la terminación del contrato otro tanto del mismo género o calidad (arg.art. 22 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954)[2].

El goce que el arrendamiento permite respecto de la cosa, puede referirse a toda ella o a alguna parte o alguna utilidad. En este último supuesto, no por ello el arrendamiento pierde su naturaleza, ni se constituye un derecho especial para hacerlo objeto del contrato. Este es el caso, v.gr., del arrendamiento de la caza, que, aunque otra cosa se haya sostenido, no es arrendamiento del derecho a cazar, sino concesión del goce parcial de la finca en ese aspecto[3].

Como el objeto de todo contrato, también el del arrendamiento ha de ser posible, lícito y determinado, no sólo con referencia a la cosa en sí misma, sino con referencia al uso o goce que al arrendatario se concede. En tal sentido han concordado la doctrina y la jurisprudencia cuando señalan que el arrendamiento de una cosa para dedicarla a un uso inmoral o contrario a las buenas costumbres es nulo[4].

[2] Al finalizar el plazo de arriendo de industria, el arrendador puede repercutir sobre el arrendatario las indemnizaciones laborales de los empleados contratados por éste cuando la industria se entregó sin ellos, pues de lo contrario, dice la sentencia de 3 de diciembre de 1982, habría un enriquecimiento injusto (del arrendatario).

[3] Sobre el arrendamiento de la caza: art. 3.° de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980; arts. 15.10; 16.6 y 17.7 de la Ley de Caza de 6 de abril de 1970.

Son susceptibles de arrendamiento los derechos que concede la Administración sobre yacimientos minerales y demás recursos geológicos, que son bienes de dominio público según el artículo 2.° de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, con sujeción a lo dispuesto en la misma respecto a la autorización administrativa necesaria *para su eficacia ante la Administración* (arts. 94-101).

También puede concederse el goce o explotación de patentes de invención o de modelos de utilidad (arts. 74-107 y 154 de la Ley de 20 de marzo de 1968).

V. LOS REQUISITOS DE TIEMPO DETERMINADO Y PRECIO CIERTO

La relación arrendaticia debe durar *un tiempo determinado* por imperativo del artículo 1.543. El significado de la expresión subrayada es el de que se rechaza el arrendamiento a perpetuidad claramente, pero obliga a que se haga constar necesariamente la duración del contrato (un año, un mes, etc.). El artículo 1.581, aunque referido al arrendamiento de fincas urbanas pero aplicable por clara analogía a cualquier otro, dice que en otro caso se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, y por días cuando es diario.

Los arrendamientos por tiempo indeterminado o indefinidos han sido considerados por la jurisprudencia con criterios fluctuantes en cuando a su validez, pues una veces se han mantenido e incluso ha extendido el artículo 1.581 a ellos[5]. La línea actual es claramente contraria respecto de las prórrogas indefinidas a voluntad del arrendatario, incluso en contratos sujetos a la L. A. U.; no cumplen el requisito del tiempo determinado[6]. Lógicamente también deberán ser nulas las cláusulas que establecen el plazo contractual indefinido o indeterminado.

La cesión del uso o goce se le hace al arrendatario por un «precio cierto», según dice el artículo 1.543, que no añade, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la compraventa, el que haya de ser «en dinero o signo que lo repre-

[4] En el artículo 452 bis letra *d)* del Código penal se castiga como delito el dar o tomar en arriendo edificio o local o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución o corrupción ajenas. Además, se habrá de decretar el cierre del local.

[5] Ss. de 16 de noviembre de 1957, 2 de julio de 1964, 24 de junio de 1969 y 9 de diciembre de 1985.

[6] Las Ss. de 15 de octubre y 17 de noviembre de 1984 destaca como doctrina reiterada de la Sala 1.ª la ineficacia de las cláusulas que originen intemporalidad del arrendamiento (v. gr., arrendamientos indefinidos). La sentencia de 7 de junio de 1979 estima de duración indefinida el arrendamiento hecho por un año, y transcurrido el plazo contractual se entenderá prorrogado por anualidades sucesivas a voluntad del arrendatario.

sente (art. 1.445). Por tanto, es válido el pacto de pagar una contraprestación en especie, no solamente en dinero, e incluso en la realización de un *facere* o resultado [7]. También, al igual que en la compraventa, la prestación del precio puede ser determinable sentando en el contrato los criterios para llegar a ello (p. ej., arbitrio de tercero, etc.). El requisito de la certeza del precio equivale a que sea determinado, es decir, no indeterminado, aleatorio o contingente. No habrá arrendamiento por esta razón si se pacta una parte alícuota de los frutos (el contrato será más bien de aparcería o sociedad, dice GARCÍA GOYENA), pero nada impide que el arrendador obtenga una remuneración mayor, a partir de una cantidad fija, en función de los resultados obtenidos por el arrendatario [8].

En relación con la constancia del precio hay que traer a colación el artículo 1.547, a cuyo tenor «cuando hubiera comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule». El supuesto de hecho de esta norma lo constituye un contrato de arrendamiento concertado verbalmente en el que no han faltado los requisitos de los artículos 1.541 y 1.543, pero en el que no se puede probar el precio que se estableció. El artículo 1.547 opera como si no se hubiese fijado, puesto que el mandato de devolución presupone su ineficacia. Mas como la efectiva cesión de uso o disfrute se produjo, para evitar un enriquecimiento sin causa se dispone el abono del precio que se fije (pericialmente).

Aunque el artículo 1.547 se refiere a contratos verbales, hay que entender que será aplicable también a los contratos por escrito en que se haya omitido la constancia de la renta y no se pueda probar por otro medio su cuantía.

VI. FORMA

Con arreglo al último párrafo del artículo 1.580, deben constar por escrito los arrendamientos cuya renta sea superior a 1.500 ptas. De acuerdo con el número 2.° de dicho precepto, deberán constar en escritura pública los arrendamientos de inmuebles por seis o más años, «siempre que deban perjudicar a tercero», lo que sucederá cuando se inscriban en el Registro de la Propiedad. Por esta última circunstancia, necesitarán también de la escritura pública los

[7] Por ejemplo, realización de obras de mejora. Así, en los sujetos a la Ley especial de arrendamientos rústicos (art. 2.°3.ª), que no hay razón para limitar su aplicación a ellos.

La sentencia de 26 de enero de 1987 niega que exista «precio cierto» en la cesión de una finca a cambio de la prestación de servicios a la cedente consistentes en su asistencia y cuidado.

[8] Vid. Ss. de 5 de noviembre de 1959, 4 de octubre de 1966 y 10 de marzo de 1967.

arriendos de inmuebles susceptibles de inscripción registral, por haberse anticipado rentas de tres o más años, o por haberse convenido en aquella inscripción (art. 2.°5 L. H.).

La forma en ningún caso es requisito constitutivo del contrato de arrendamiento, sino formalidad a cuyo cumplimiento pueden compelerse las partes recíprocamente una vez perfeccionado (art. 1.279).

VII. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR Y DEL ARRENDATARIO

El arrendador está obligado (art. 1.554):

1.°. A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.

2.°. A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.

3.°. A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

Por su parte, el arrendatario está obligado (art. 1.555):

1.°. A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos.

2.°. A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, según la costumbre de la tierra.

3.°. A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato.

Aparte estas obligaciones fundamentales, así esquematizadas, los preceptos subsiguientes las pormenorizan y completan con otras de carácter accesorio o con algún régimen especial en materia de responsabilidad.

Algunos comentarios requiere el contenido de estas obligaciones.

A) LA ENTREGA DE LA COSA

La entrega debe realizarse en peculiares condiciones. Si en el contrato se ha estipulado el destino de la cosa, el arrendatario habrá de recibirla en situación de ser gozada con arreglo a tal destino, salvo pacto en contrario [9].

En el contrato puede expresarse el estado en que la cosa se encontraba al tiempo de arrendarla. Mas a falta de tal detalle, y recibida sin protesta por

[9] La sentencia de 28 de octubre de 1985 estimó plenamente entregada la cosa, aunque el Ayuntamiento denegó la apertura del local de negocio para el que se arrendó por no disponer de una puerta de emergencia con salida al vestíbulo del edificio. Tal vez en el caso influyeran los pactos del contrato, en los que se decía que la arrendataria recibía el local a su entera satisfacción, que el arrendador no respondía de la denegación de licencia de apertura, y que en ningún caso el local tendría salida por el vestíbulo.

el arrendatario, la ley presume que la recibió en buen estado, invirtiéndose de este modo la carga de la prueba y correspondiendo al arrendatario demostrar lo contrario (vid. art. 1.562).

A la obligación de entrega del arrendador se le aplican las disposiciones generales sobre integración del deber general de entrega, en especial el artículo 1.097, según el cual comprende no sólo la entrega de la cosa en sí misma, sino también la de todos sus accesorios —aquellos con que efectivamente contara al perfeccionarse el contrato y aquellos con que de buena fe debiera contar de acuerdo con su destino— aun cuando no hubieran sido mencionados.

B) El goce pacífico de la cosa arrendada

Una vez constituido el arrendatario en poseedor, por virtud de la entrega o traspaso posesorio, la prestación continuada del arrendador es la del mantenimiento en el goce y el logro del carácter pacífico en este mismo goce. Bajo esta amplísima expresión legal se cobija una gama de obligaciones de naturaleza muy distinta, que en último término consisten en prevenir o evitar las situaciones de perturbación en el goce.

La perturbación puede provenir ante todo del propio arrendador, quien contractualmente debe abstenerse de ella. Es una aplicación concreta de esta idea la regla del artículo 1.557, con arreglo al cual el arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada. También debe el arrendador abstenerse de lo que signifique atacar la posesión en que el arrendatario se encuentra. La legitimación activa del arrendatario para accionar contra el arrendador por la vía de los interdictos de retener o recobrar la posesión, es cosa que hoy no se discute (vid. art. 446).

El mantenimiento en el goce pacífico parece entenderse referido también a las perturbaciones que puedan proceder de terceras personas. El artículo 1.560 exime, sin embargo, al arrendador de responder de las perturbaciones de mero hecho que el tercero pueda causar en el uso de la cosa arrendada, aunque reconoce al arrendatario acción directa contra el perturbador. Igual legitimación entendemos que corresponde también al arrendador, pues si bien el artículo 1.560 le libera de responsabilidad, nada impide que pueda defender al arrendatario si quiere hacerlo.

Las perturbaciones de derecho son ataques al uso o goce de la cosa arrendada, en los que el autor de los mismos obra «en virtud de un derecho que le corresponde» (cfr. art. 1.560, *in fine*). De tales perturbaciones responde el arrendador, y debe defender de ellas al arrendatario ejercitando las oportunas acciones, si bien este último soporta la carga de notificarle o comunicarle la existencia de la situación perturbadora (art. 1.559, p. 1.°) [10].

[10] La sentencia de 10 de junio de 1985 denegó legitimación al arrendatario para reaccionar contra una lesión de la servidumbre de luces y vistas por obras en el patio de la casa colindante, que debía soportarla.

C) Reparaciones necesarias

El arrendador está obligado a hacer durante el arrendamiento las reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa para el uso a que se destina. Precisamente esto es lo que matiza el concepto de reparación necesaria.

Sin embargo, cabe el pacto por el que se estipule que el arrendatario se hará cargo de ellas (S. de 6 de octubre de 1976). Mas como principio general serán de cuenta del arrendador todas las reparaciones necesarias, ya proceda su necesidad del mero transcurso del tiempo, ya del uso ordenado del arrendatario o bien del caso fortuito o fuerza mayor (S. de 9 de marzo de 1964). Si la autoridad ordena la realización de obras por razón del destino de la cosa arrendada (v. gr., de higiene y salubridad en establecimientos abiertos al público), el arrendador estará igualmente obligado a efectuarlas (S. de 22 de junio de 1962).

La obligación de reparar debe limitarse a la mera corrección de deterioros, sin que pueda extenderse a lo que signifique reconstrucción o reedificación (Ss. de 12 de noviembre de 1974 y 20 y 28 de febrero de 1975). Pero ello no es óbice para que el arrendador responda de los daños y perjuicios inferidos al arrendatario mediante el hundimiento del edificio si no ejecutó las obras indispensables para contener su ruina y remediar el peligro que se advertía, y sin que pueda librarse de esta obligación aduciendo el estado ruinoso del inmueble, hasta que no haya resolución firme de la autoridad municipal declarándolo o resolución judicial del arrendamiento basada en el artículo 118 L. A. U. (S. de 20 de junio de 1985).

Sobre el arrendatario recae la carga de notificar al arrendador la necesidad de las reparaciones necesarias en el más breve plazo posible, siendo responsable de los daños y perjuicios que le causen a este último por su negligencia (art. 1.559, p. 3.°). Cuando el arrendador, debidamente notificado, no las realice, se legitima al arrendatario para ordenar su ejecución y reclamar posteriormente a aquél (Ss. de 7 de febrero de 1920, 20 de octubre de 1949 y 9 de marzo de 1964).

El arrendatario ha de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta y aunque durante ella se vea privado de parte de la finca, siempre que la reparación en esas circunstancias no pueda diferirse hasta la conclusión del contrato (art. 1.558 p. 1.°). Durando más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo en proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado (art. 1.558, p. 2.°). Pero si aquella parte de cuyo uso se ve privado el arrendatario era la que éste y su familia necesitaba para su habitación, se le otorga la opción entre la rebaja del precio o la rescisión del contrato (art. 1.558, p. 3.°).

D) Saneamiento de la cosa arrendada

El artículo 1.553 declara aplicables las normas sobre saneamiento contenidas en la regulación de la compraventa, y dice además que en los casos en que proceda la devolución del precio se hará la disminución proporcional al tiempo en que el arrendatario haya disfrutado de la cosa.

Apenas posee justificación el reenvío. Si el arrendatario pierde total o parcialmente el goce como efecto de una acción que interpone un tercero por estimar que el arrendador, por ejemplo, no era verdadero propietario de la cosa y no podía, por tanto, darla en arrendamiento, este arrendador incumple la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico e incurre en la sanción del artículo 1.556. Del mismo modo, si existiesen vicios ocultos en la cosa arrendada que la hacen inapropiada para el uso a que se la destina, el arrendador deberá hacer las reparaciones necesarias, por imperativo del artículo 1-554-2.°, bajo idéntica sanción.

E) Pago del precio en los términos convenidos

Es la contrapartida de la obligación del arrendador de procurar el uso o goce de la cosa. Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago se estará, en cuanto al lugar, a lo dispuesto en el artículo 1.171; y, en cuanto al tiempo, a la costumbre de la tierra (art. 1.574).

Si existe una imposibilidad de utilización de la cosa por causas independientes del arrendador, el arrendatario podrá suspender el pago, siempre y cuando la falta de utilización tampoco obedezca a hecho propio y culpable de él (Ss. de 16 de marzo y 6 de diciembre de 1944). También se autoriza una disminución del precio en supuestos análogos al del artículo 1.558 (Ss. de 26 de diciembre de 1942 y 16 de marzo de 1944).

F) Uso de la cosa

Aun cuando el Código parece considerar el uso de la cosa arrendada como obligación del arrendatario (art. 1.555.2.°), nosotros entendemos que no es obligación, sino derecho subjetivo. Lo que el Código entiende como obligaciones son más bien los límites de aquel derecho, que consisten fundamentalmente en un deber de diligencia en el uso, cuya inobservancia genera la correspondiente responsabilidad, y un deber de respeto del destino económico de la cosa, que será, primeramente, el destino que se hubiera pactado, y subsidiaria o supletoriamente el que se infiera de su naturaleza según la costumbre. Cabe, pues, un pacto sobre el destino y si el destino se ha pactado especialmente, es obvio que habrá de cumplirse el pacto por estar éste establecido en interés de ambas partes.

Aun cuando el uso es, como hemos dicho, un derecho del arrendatario, su injustificada omisón, especialmente cuando la situación se prolongue, puede constituir una forma de ejercicio abusivo del derecho, contraria a su función social y también a los intereses del arrendador (p. ej., el piso cerrado se deteriora).

Además del uso, el arrendatario tiene el derecho de disfrute, que consistirá, cuando la cosa sea fructífera, en la adquisición de los frutos que pueda producir.

G) El respeto a la forma de la cosa. Las mejoras

El artículo 1.557 obliga al arrendador a no variar la forma de la cosa arrendada, lo que es una aplicación concreta de la obligación que tiene de no perturbar al arrendataro en el goce pacífico de la cosa.

Respecto del arrendatario guarda silencio. Pero si tiene facultad para hacer mejoras útiles y voluntarias (o de recreo), respetando la forma (art. 1.573), igualmente tendrá esta última obligación, aunque no mejore.

> El respeto a la forma se impone también al titular de un derecho real de usufruto (art. 467). Nos remitimos al volumen III de este *Sistema*, donde se estudiará este derecho real.

VIII. TERMINACION DEL ARRENDAMIENTO

El arriendo termina por las siguientes causas:

A) Vencimiento del plazo. La tácita reconducción

Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento (art. 1.565).

A pesar de ello, el artículo 1.566 regula la llamada «tácita reconducción», disponiendo que «si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento».

La tácita reconducción supone un nuevo contrato con idéntico contenido que el anterior (S. de 30 de diciembre de 1981), excepto en lo que se refiere a su duración y a las obligaciones contraídas por un tercero (fiador, por ejemplo). Se extinguen éstas, a menos que vuelva a prestar nuevamente su consentimiento (art. 1.567).

La tácita reconducción queda enervada de dos formas. Una, mediante el

requerimiento, operado antes que termine el contrato, en el que se notifica una voluntad contraria a la continuación del arriendo. Otra, cuando falta de *aquiescencia* del arrendador al disfrute de la finca por el arrendatario al extinguirse el contrato vigente. También será válida la renuncia a la tácita reconducción porque no es imperativa.

El hecho de que se sigan pagando rentas después de vencido el plazo no es tácita reconducción, porque es una mera contraprestación indemnizatoria por la persistencia en la ocupación y disfrute. Es más, es una obligación del arrendatario el hacerlo aun no habiendo tácita reconducción y, no obstante, sigue en el disfrute de la cosa (Ss. de 8 de octubre de 1980, 26 de marzo de 1979 y 23 de octubre de 1957).

¿Opera la tácita reconducción exclusivamente en el arrendamiento de inmuebles? El origen histórico de la institución de la t.r., así lo prueba y en el Código civil se puede ver el reflejo de esta idea en el propio artículo 1.566, que se remite a los artículos anteriormente citados para concretar el tiempo de duración del nuevo contrato. La necesidad a que obedece la t.r. la expresaba así el clásico POTHIER: hay ciertas épocas en las cuales es costumbre que comience el plazo de los arrendamientos y que es difícil encontrar medio de arrendar las fincas fuera de ese tiempo, en tanto que el arrendamiento de muebles puede realizarse en cualquier época. En definitiva, se ve el origen de la t.r. en la necesidad de la continuidad de la administración de una cosa. Una casa deshabitada, un fundo sin cultivar, desmerecen; pero una cosa mueble normalmente sólo tiene ventajas cuando no se usa.

Ha de advertirse que la exclusión de la tácita reconducción en el arrendamiento de cosas muebles no es pacífica en la doctrina. Por el contrario, la admiten los autores que ven su fundamento en el silencio de quien, por la situación jurídica en que se encuentra, no debería callar (es decir, debe requerir al arrendatario para que devuelva la cosa arrendada a la terminación del plazo). Silencio que se produce tanto si se trata de arrendamiento de muebles como de inmuebles.

B) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El incumplimiento de las obligaciones fundamentales, ya estudiadas, a cargo del arrendador y arrendatario, determina la sanción del artículo 1.556; podrán pedir, respectivamente, la rescisión (propiamente es resolución) del contrato y la de indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último dejando subsistente el contrato. También procederá la resolución con indemnización de daños y perjuicios, o sólo esta indemnización, cuando alguno de los contratantes hubiese faltado a lo estipulado (art. 1.568).

Siendo el arrendamiento un contrato de tracto sucesivo, la resolución operará para el futuro. De lo contrario, el arrendatario, pese a no poder devolver la prestación que ha recibido (el uso o goce), sería acreedor del precio que ha pagado desde la celebración del contrato.

C) VENTA DE LA COSA ARRENDADA

El artículo 1.571 otorga al comprador la facultad de dar por terminado el arriendo vigente al verificarse la venta. Si usa de él, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha correspondiente al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le ocasionen.

En una manifestación del carácter inoponible del arrendamiento, por lo que el artículo 1.571 no se aplicará si el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad. También cuando así se haya pactado en el contrato de venta (entre arrendador-propietario y comprador).

El fundamento de la indemnización a cargo del vendedor reside en la extinción anticipada del contrato, como consecuencia de un acto suyo (la venta), que implica un incumplimiento de la obligación de garantizar el goce pacífico. Ahora bien, si en el contrato de arrendamiento se pactó la libertad del arrendador para vender la finca, no está obligado a indemnizar al arrendatario (S. de 24 de marzo de 1928).

El artículo 1.572 cita el supuesto de que el arrendador haya enajenado la finca, pero el comprador la ha adquirido con pacto de retro. Entonces éste «no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto», pues no hay mientras tanto adquisición irrevocable de la propiedad.

D) ARRIENDO DESPUÉS DE CONSTITUIDA HIPOTECA

Si el propietario, después de hipotecar la cosa, la arrienda con posterioridad, el acreedor hipotecario no se perjudicará. La ejecución de la hipoteca llevará consigo la extinción de arrendamiento (S. de 31 de octubre de 1986, y R. de 19 de noviembre de 1987) [11].

E) PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA

El artículo 1.568 provee a ello disponiendo que «si se pierde la cosa arrendada... se observará... lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183». La jurisprudencia interpreta el artículo 1.568 en el sentido de que se extingue la relación arrendaticia, criterio que sigue la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (art. 82).

A la pérdida o destrucción material debe equipararse la imposibilidad del

[11] Sobre el tema, comentando la anterior sentencia de 4 de mayo de 1961, que se ocupó del problema: AMORÓS GUARDIOLA, en A. D. C., 1961, p. 1.012. También ALVAREZ CAPEROCHIPI, en Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil, 12, p. 4.127.

goce de la cosa, que proceda de un obstáculo absoluto y objetivo, no de una simple situación circunstancial (S. de 16 de marzo de 1944).

F) Muerte del arrendador o arrendatario

Es discutible si en los arrendamientos de cosas sujetos al Código civil la muerte de cualquiera de los contratantes extingue el contrato, pues guarda silencio sobre el tema. Los precedentes legislativos inmediatos (Proyecto de 1851, Anteproyecto de 1888) expresamente establecían la extinción [12]. Pero no es segura la misma conclusión ahora. Puede, y éste es el espíritu que creemos tiene el legislador, que el silencio es una manifestación en pro de la continuación del contrato, explicable por ser deducción obvia a la vista de los artículos 1.112 y 1.257.

IX. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO A LA TERMINACION DEL ARRIENDO

El arrendatario debe devolver la cosa al concluir al arriendo tal y como la recibió. A falta de expresión de su estado al tiempo de arrendarla, la ley presume *iuris tantum* que el arrendatario la recibió en buen estado (art. 1.562), es decir, que servía para el uso pactado.

Las pérdidas y deterioros debidos al tiempo (o uso ordinario) o por causa inevitable no son de su cargo. Cualquier otra pérdida o deterioro sí, salvo que pruebe que se produjo sin su culpa (art. 1.561 y 1.563; S. de 23 de marzo de 1953).

El artículo 1.564 extiende la responsabilidad del arrendatario al obligarle a responder por los deterioros (y pérdidas) causados por las personas de su casa. No se alude a familiares exclusivamente, por lo que el daño hecho por criados, huéspedes, visitas, etc., está comprendido.

El arrendatario tendrá respecto de las mejoras útiles o de recreo el mismo derecho que el usufructuario (art. 1.573). Es decir, está facultado para realizarlas sin alterar la forma o sustancia de la cosa arrendada, aunque no tenga el consentimiento del arrendador. Sin embargo, carece de todo derecho a indemnización, si bien podrá retirarlas siempre y cuando fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes. También se le concede la facultad de compensar las mejoras con los desperfectos a su cargo (art. 487 y 488).

[12] Esta es la tesis del Tribunal Supremo, que considera el arrendamiento como un derecho personalísimo que se extingue a la muerte del arrendatario. *Vid.* las sentencias de 2 de junio de 1965 y 16 de febrero de 1967, entre otras, para los arrendamientos sujetos a la L.A.U.

Una posición favorable a la transmisibilidad en la sentencia de 8 de febrero de 1988.

X. DESAHUCIO DEL ARRENDATARIO

El artículo 1.569 permite al arrendador desahuciar al arrendatario y recuperar la cosa mediante un procedimiento breve, rápido y sencillo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aquí nos limitaremos a exponer las causas *taxativas* por las que cabe el desahucio en los bienes *inmuebles,* pues para el de muebles no es admisible.

a) *Expiración del término convenido.*—La jurisprudencia reconoce igualmente legitimación al comprador que quiera hacer uso del artículo 1.571 (Ss. de 17 de octubre de 1958 y 30 de marzo de 1960).

b) *Falta de pago del precio convenido.*—El incumplimiento de la obligación de pago origina en favor del arrendador el nacimiento de dos acciones: una, de carácter personal, para reclamar el importe de las rentas vencidas, y otra, dirigida a recuperar la posesión de la cosa con el consiguiente lanzamiento del arrendatario (desahucio). Estas dos acciones no son incompatibles entre sí, por lo que el ejercicio de una no imposibilita la utilización de la otra ni mucho menos implica su renuncia (S. de 7 de diciembre de 1963).

c) *Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato.*—Hay que entender el término «condiciones» como sinónimo de pactos o estipulaciones convenidas.

El incumplimiento debe ser culposo por lo menos, y afectar a estipulaciones básicas de acuerdo con la finalidad del contrato, o tenidas por tales por las partes.

d) *Destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados que la hagan desmerecer; o no sujetarse en su uso a lo que se ordena en el número 2.° del artículo 1.555.*—Son dos causas de desahucio distintas literalmente, aunque en realidad ambas implican una infracción de lo estipulado. Al resaltar, sin embargo, que el uso o servicio no pactado tiene que hacer *desmerecer* la cosa, parece que indica que el mero cambio de uso no da lugar al juicio de desahucio para recuperarla, sin perjuicio de que el arrendador pueda exigir el cumplimiento del contrato o la resolución [13]. Téngase en cuenta que, si el arrendatario incumple lo pactado, el artículo 1.568 remite a los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil.

La remisión al artículo 1.555.2.° plantea el problema, ya estudiado, de si el uso y disfrute es obligación o derecho del arrendatario, y lo que se penaliza con el desahucio en esta segunda hipótesis es la falta de diligencia. En cualquier caso, el no uso que *perjudique* a la cosa debe estimarse como causa de desahucio (Ss. de 7 de enero de 1981 y 17 de mayo de 1986).

[13] Las Ss. de 21 de octubre de 1909 y 2 de febrero de 1962 se inclinan por la tesis del desahucio.

XI. SUBARRIENDO

El Código civil autoriza al arrendatario a subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, salvo cuando en el contrato de arriendo se prohíba expresamente (art. 1.550).

Existen, pues, dos contratos. El segundo (subarriendo) se apoya y recibe su fuerza del primero, aunque posee sustantividad propia: es un contrato de arrendamiento con todas sus características, pero hecho por el arrendatario. No implica la salida de éste del contrato base y su ocupación por el subarrendatario, ya que responde frente al arrendador del cumplimiento del contrato de arrendamiento (art. 1.550).

El uso o goce por el subarrendatario ha de moverse entre los límites impuestos al arrendatario. En tal sentido, el artículo 1.551 obliga y responsabiliza al subarrendatario frente al *arrendador* y subarrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada ente arrendador y arrendatario (subarrendador).

Excepcionalmente concede el Código civil una acción directa al arrendador frente al subarrendatario, a fin de cobrar lo que el arrendatario le debe (por rentas del arrendamiento, indemnizaciones por pérdidas o deterioros, reparaciones, etc.) sobre lo que, a su vez, el segundo deba al arrendatario por razón de la renta del subarriendo (art. 1.552).

Para evitar confabulaciones en perjuicio del arrendador se declara la ineficacia *frente a él* de los pagos adelantados hechos por el subarrendatario que no se acomoden a la costumbre, sin que ello prejuzgue su validez entre subarrendador y subarrendatario (art. 1.552).

En la extinción del subarriendo se aprecia la conexión entre este contrato y el que le sirve de base, pues la extinción del arriendo provoca siempre la del subarriendo (Ss. de 19 de enero de 1955 y 25 de mayo de 1960) [14].

El subarriendo se extingue, además, por las causas de todo arrendamiento.

La misma acción que le corresponde al arrendador contra el arrendatario para promover el desahucio, por las causas previstas en el artículo 1.569, corresponde también al subarrendador contra el subarrendatario (S. de 21 de abril de 1954).

XII. CESION DEL ARRENDAMIENTO

En la figura jurídica llamada cesión del arrendamiento, a diferencia del subarriendo, hay una sucesión en la titularidad del contrato, porque el arrendatario se desliga de su posición de parte en el mismo asumiéndola el cesionario.

[14] Si el arrendatario subarrendador adquiere la propiedad del objeto arrendado, el subarriendo no se extingue (S. de 27 de mayo de 1971).

La validez de tal cesión depende del consentimiento del arrendador. Ahora bien, si en el contrato de arrendamiento no se prohíbe el subarriendo, no por ello ha de entenderse consentida por el arrendador la cesión. Subarriendo y cesión con sus figuras distintas. La ley autoriza al subarriendo, salvo pacto en contrario, pero no permite la cesión. Tiene ésta que ser objeto de un consentimiento expreso o tácito, no equivaliendo a ello el silencio en el contrato de arriendo.

XIII. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

A) Relativas a la duración

Cuando no se fija ésta, dice el artículo 1.577 que «se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que *toda* la finca arrendada diere en un año o *pueda dar por una vez,* aunque pasen dos o más años para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas».

B) Relativas a la renta

El arrendatario sólo tiene derecho, salvo pacto en contrario, a la rebaja de la renta cuando se pierden los frutos en más de su mitad, *aun no separados de su raíz o tronco,* por casos fortuitos *extraordinarios e imprevistos.* Se enumeran como tales el incendio, guerra, peste, inundación *insólita,* langosta, terremoto «u otro igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever» (arts. 1.575 y 1.576). En las expresiones subrayadas se encuentra la diferencia entre el caso fortuito ordinario (que no da derecho a rebaja de la renta) y el extraordinario. La rareza de éste hace que se presuma que los contratantes no lo previeron. El caso fortuito ordinario no da ningún derecho a rebaja. Explica García Goyena: «Lo que frecuentemente acontece no ha podido escaparse a la previsión de las partes, y se habrá tenido en cuenta para la regulación del precio o renta; de otro modo no habría arrendamiento medianamente largo sin pleitos».

C) Relativas a la terminación del contrato

El arrendatario saliente deber permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente, y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesa-

rio para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo ello con arreglo a la costumbre del pueblo (art. 1.578).

XIV. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

A) Relativas a la duración

Preceptúa el artículo 1.581 que «si no se hubiere fijado plazo el arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término [15].

B) Relativas a las reparaciones

Según el artículo 1.580, «en defecto de pacto especial, se estará a la costumbre del pueblo para las reparaciones que deban ser de cuenta del propietario. En caso de duda se entenderán de cargo de éste».

C) Relativas al arrendamiento con muebles

Siguiendo el tradicional principio de que lo accesorio sigue a lo principal señala el artículo 1.582: «Cuando el arrendador de una casa, o de parte de ella, destinada a la habitación de una familia, de una tienda, almacén, o establecimiento industrial, arrienda también los muebles, el arrendamiento de éstos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendada».

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Beltrán de Heredia Onís: *La obligación de sanear en el arrendamiento,* R. D. P., 1963, p. 367; Cossío y Rubio: *Tratado de arrendamientos urbanos,* I, Madrid, 1949; D. Castro y Bravo: *Cesión de arrendamiento y subarriendo,* R. G. L. J., 1930, p. 130; Fubini: *El contrato de arrendamiento de cosas,* trad. esp., Madrid, 1920; Gómez Calero: *El contrato de arrendamiento de minas,* R. G. L. J., 1971, pp. 27 y ss.; Lucas Fernández: en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* EDERSA, t. 20, vol. 1, Madrid, 1980; Motos Guirao: *El arrendamiento de empresa,* en «Estudios Jurídicos Joaquín Garrigues», t. 1, Madrid, 1971; Porcioles: *Arrendamientos complejos,* en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix»; Traviesas: *Contrato de arrendamiento,* R. D. P., 1979, p. 1 y ss.; Soto Nieto: *Las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de negocio o declaración de ruina de la finca,* R. D. P., 1966, p. 650; Vallet de Goytisolo: *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresa y locales de negocios,* Madrid, 1951.

[15] La sentencia de 2 de julio de 1964, respecto a la interpretación que ha de darse a la expresión contractual «por precio de X pesetas cada año pagaderas por meses», entiende que con ella se pacta la duración no por meses, sino por años, porque el dato a tener en cuenta no es el modo o forma en que la renta se pague, sino el período de tiempo que las partes hayan tomado como tipo para fijar el alquiler.

25. LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

I. FUENTES LEGALES

La escasez de viviendas y locales de negocio hace imposible la aplicación simple y escueta de las normas del Código civil dedicadas al arrendamiento de fincas urbanas. Una aplicación libre e incondicionada de la ley de la oferta y la demanda origina situaciones angustiosas para la gran mayoría de la población que no puede pagar el alto costo de alquileres, y socialmente no se toleran deshaucios masivos por finalizar el plazo pactado de los arriendos. La dificultad está, como siempre, en buscar el punto de equilibrio en la intervención del Estado a fin de no ahogar la iniciativa de los constructores, poco propicia con una legislación favorecedora del arrendatario.

Desde el año 1946 se han sucedido leyes especiales con distintas modificaciones, siendo la actualmente vigente de fecha 24 de diciembre de 1964, en que se aprueba por Decreto su Texto Refundido, que entró en vigor el día 1 de enero de 1965.

Una reforma importantísima es la producida por el R. Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues *permite* que los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio que se concierten a partir de su entrada en vigor no se sujeten, si es voluntad de las partes, al régimen de *prórroga legal impuesto por la L. A. U.*, aunque en todo lo demás se rijan por ella.

II. CONTRATOS SOMETIDOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. ARRENDAMIENTOS CON PLURALIDAD DE OBJETOS

Según el artículo 1.° de la L. A. U., los contratos de arrendamiento que regula son:

1.° Los de fincas urbanas, que comprende el de viviendas (o *inquilinato*) y el de locales de negocio, refiriéndose esta última denominación a los contratos de arrendamiento que recaigan sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo.

Así pues, la nota común de ambos contratos es la *edificación habitable* y el destino *primordial* su nota diferenciadora. En atención a ese destino primordial, se determina que el contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación (art. 4.° 1). En el mismo sentido, tampoco perderá su carácter

el contrato de arrendamiento de local de negocio por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él la vivienda (art. 5.° 1).

2.° Los contratos de subarriendo y cesiones de vivienda y de locales de negocio, así como el arrendamiento de viviendas amuebladas.

3.° El arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de leyes especiales protectoras, en lo no previsto por ellas.

Cuando el arrendamiento comprenda una pluralidad de objetos que formen a estos efectos una unidad, deben regirse por la normativa del elemento principal o preponderante, en atención al principio jurídico de accesoriedad (S. de 30 de junio de 1979).

III. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

En virtud de lo dispuesto en su artículo 2.° se excluyen de la L. A. U. y se regirán por lo pactado y por el Derecho común, o la legislación foral en su caso, los contratos siguientes:

1.° Los arrendamientos, cesiones y subarriendos de vivienda y locales de negocio, con o sin muebles, de fincas cuyo arrendatario *las ocupe* únicamente durante la temporada de verano o cualquier otra, aunque los plazos concertados para el arrendamiento fueran distintos. Así, por ejemplo, el arriendo de una finca para su uso durante la temporada estival, aunque se concierte por varios años, merecerá la consideración de temporada. Este arrendamiento no pierde esa cualidad por el hecho de que se haya concertado por un plazo de duración no coincidente con el de la temporada en que se usa, si el arrendatario ocupa únicamente la finca durante ésta.

2.° Los arrendatarios de locales para casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados.

3.° El uso de las viviendas y locales que los porteros, guardas y asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.

4.° Los contratos en que, arrendándose una finca rústica con casa-habitación, sea el aprovechamiento del predio la finalidad primordial de los mismos. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el objeto primordial del arrendatario es la explotación del predio cuando la contribución territorial de la finca por rústica sea superior a la urbana.

A) EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA

El artículo 3.° de la L. A. U. dedica atención al arrendamiento de indus-

tria para *excluirlo* de su órbita [1], del cual ya nos hemos ocupado en el capítulo anterior.

B) Los arrendamientos complejos

La jurisprudencia excluye de la aplicación de la L. A. U. los contratos de arrendamiento en los que el arrendatario está obligado a la realización de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia. Así, v. gr., la de mejorar o acondicionar el objeto arrendado (Ss. de 26 de marzo de 1979, 3 de abril de 1984 y 29 de diciembre de 1986, entre otras). Junto a la prestación propia del arrendatario (pago de la renta) se agrega otra, querida como fundamental, lo que normalmente incide en la primera o, incluso, la sustituye (se pacta una renta más baja, o no se paga durante un número de anualidades).

No existe contrato complejo cuando el arrendatario queda simplemente *facultado* para hacer obras de adaptación a las actividades a que destinará lo arrendado.

C) El arrendamiento de solares

Este arrendamiento está excluido de la L. A. U. también, pues no recae sobre una *edificación habitable,* requisito esencial según su artículo 1.°, ni aunque el arrendatario esté facultado para edificar, pues el momento al que hay que atender para su inclusión o exclusión es el de la celebración del contrato (S. de 15 de febrero de 1979 y las que cita).

Si se cedió el solar con la obligación por parte del cesionario de edificar en él, obligado además a pagar una renta una vez edificado, el contrato sigue excluido de la L. A. U. por ser complejo en los términos que vimos anteriormente (S. de 10 de junio de 1986).

IV. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS ASIMILADOS AL INQUILINATO

El artículo 4.° 2 de la L. A. U. considera que se rigen por las normas aplicables a los contratos de inquilinato: «Los locales ocupados por la Iglesia católica, Estado, Provincia, Municipio, Entidades benéficas, Asociaciones piadosas, Sociedades o Entidades deportivas comprendidas en el artículo 32 de

[1] El apartado 3 del mismo precepto contiene una excepción cualificadísima para el arrendamiento de industria de espectáculos.

la Ley de Educación Física, Corporaciones de Derecho público y, en general, *cualquier otra que no persiga un fin de lucro».* No obstante, los casinos y círculos de esparcimiento y recreo de sus componentes o asociados sabemos que se excluye de la Ley.

V. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS ASIMILADOS AL DE LOCAL DE NEGOCIO

Según el artículo 5.° 2 de la L. A. U. se regirán por las normas aplicables al arrendamiento de local de negocio:

1.° El de los locales ocupados por las personas a que se refiere el artículo 4.° 2 cuando estén destinados al ejercicio de actividades económicas. Esta última expresión es más amplia y omnicomprensiva que la del ejercicio de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo (notas que sirven para el local de negocio).

2.° El de los depósitos y almacenes *en todo caso,* aunque el arrendatario sea una de las personas señaladas en el artículo 4.° 2. Si el almacén se dedica a las ventas al por mayor hay un específico arrendamiento de local de negocio (S. de 14 de mayo de 1956).

3.° El de los locales destinados a escritorios y oficinas cuando el arrendatario se valga de ellos para ejercer una actividad de comercio, de industria o de enseñanza *con fin lucrativo* o para el desarrollo de actividades económicas, aunque no se hallaren abiertos al público.

Sin embargo, el arriendo de locales para el ejercicio de una profesión liberal, se conceptúa por la jurisprudencia como contrato asimilado al inquilinato (Ss. de 6 de diciembre de 1962, 2 de febrero de 1963 y 11 de febrero de 1964; vid. art. 58.3 L. A. U., que lo trata como arrendamiento de vivienda).

La asimilación a los arrendamientos de locales de negocios de los supuestos tratados no es completa, pues a diferencia de éstos no hay facultad de transpaso en los supuestos 2.° y 3.° (art. 30).

VI. NATURALEZA DE LOS DERECHOS QUE CONCEDE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

El artículo 6.° sienta como principio general la irrenunciabilidad de los beneficios que otorga la Ley de Arrendamientos Urbanos por parte de los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y los subarrendatarios de las mismas, considerándose nula y sin valor alguno cualquier estipulación que lo contradiga.

En cambio, permite la renuncia a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga forzosa.

La prohibición no rige para el arrendador, sea de viviendas o de locales de negocio. Los arrendatarios de viviendas llamadas legalmente «suntuarias»

pueden también renunciar a los beneficios legales. Son aquellas viviendas las que, ocupadas por primera vez en las fechas que aquel artículo determina, devengaren mensualmente en la respectiva fecha tope, también fijada allí, una cantidad por renta no inferior a la que se señala minuciosamente en el precepto citado. Pero queda intangible el derecho a la prórroga del contrato, que es irrenunciable siempre, salvo que sea de los concertados al amparo del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues en él se permite que las partes lo desvinculen de la L. A. U. en cuanto al régimen de *prórroga legal.*

La renuncia que se prohíbe es la renuncia en el contrato de arrendamiento. La Ley no permite estipulaciones por las cuales el arrendatario no *adquiera* los derechos que como contenido de la relación jurídica se incorporen a su patrimonio. Pero no prohíbe que se renuncie al ejercicio de los mismos una vez que se dan los supuestos de hecho para ello. No es lo mismo renunciar, por ejemplo, en el contrato al beneficio de la prórroga legal, que comprometerse con el arrendador, estando ya el contrato bajo aquella prórroga, a dejar libre la vivienda o local de negocio en una fecha determinada. Lo primero es ilegal; lo segundo, válido y permitido (Ss. de 5 de diciembre de 1981 y 14 de mayo de 1982).

Cuando la renuncia esté permitida, se exige que sea *expresa y escrita.*

VII. LA ANALOGIA Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a materias que la L. A. U. regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía (art. 8.°). Es decir, que a la analogía se acudirá cuando el arrendamiento se halle sujeto a la L. A. U. y no en aquellos supuestos de duda respecto a su inclusión en este ordenamiento. Entonces, se impondrá otro principio: la fuerza atractiva del Derecho común.

En cuanto al ejercicio de los derechos, se prohíbe la conducta contraria a la buena fe, el abuso o ejercicio anormal de un derecho y el fraude a la ley: «Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley» (art. 9.°).

VIII. SUBARRIENDO

La L. A. U. regula el de viviendas y de locales de negocios.

A) SUBARRIENDOS DE VIVIENDAS

Frente al criterio del Código civil, la L. A. U. únicamente autoriza al arrendatario para subarrendar si reúne estas dos circunstancias: *a)* Que tenga autorización expresa y escrita del arrendador. *b)* Que entregue al subarrendatario el mobiliario adecuado y suficiente para casa-habitación (art. 10). La autorización puede darse después de celebrado el arriendo.

El subarriendo es total o parcial. El total recaerá sobre todas las habitaciones de la vivienda, con inclusión de las destinadas a servicios, y habrá de celebrarse con una sola persona. El parcial podrá serlo de una o más habitaciones y con distintas personas (art. 11). Se sienta la presunción, sin admitirse prueba en contrario, que es parcial el subarriendo cuando el inquilino siga habitando la vivienda y que es total cuando no permanezca en ella (art. 11. 2).

No obstante los requisitos que con carácter general ha de reunir el subarriendo, el artículo 18.1 de la L. A. U. permite *subarrendar parcialmente* sin su cumplimiento siempre que (cumulativamente): *a)* No exceda de dos el número de subarrendatarios que con el cónyuge y los hijos sometidos a su potestad vayan a ocupar la vivienda. *b)* Que no se altere el destino de ésta. *c)* Que en el término de treinta días naturales siguientes a la fecha de celebración del respectivo contrato de subarriendo lo notifique el inquilino de modo fehaciente al arrendador, con expresión del nombre del subarrendatario.

La L. A. U. regula minuciosamente los topes máximos de renta que el subarrendador ha de percibir (art. 12), calculadas siempre en función de la que él ha de satisfacer al arrendador. No podrá éste aumentar la renta del arrendamiento por haber dado autorización para subarrendar, pero tendrá derecho a participar en la renta del subarriendo en la cuantía que convenga con el inquilino, siempre que al autorizarle reserve su participación y fije el porcentaje de ésta (art. 14.1).

El subarrendatario podrá revisar la renta si la que paga es superior a la legal, pudiendo optar entre resolver el contrato con abono de lo pagado de más, o esto último solo (art. 13.2).

Si el mobiliario es insuficiente o inadecuado, podrá el subarrendatario obligar al arrendatario a la reposición, con devolución de la mitad de la renta, si la insuficiencia es parcial, o de toda ella, si es total (art. 13.3).

Esa participación no tiene el concepto de renta debida por el arrendatario que subarrienda al arrendador. Puede ser exigida directamente por éste al subarrendatario, lo mismo que la renta del arrendamiento, si bien, en ambos casos, este último podrá hacer los oportunos descuentos por tales conceptos de lo que deba al subarrendador (art. 15).

El arrendador tiene acción directa contra el subarrendatario para exigirle los deterioros que éste hubiera doloso o negligentemente causado en la vivienda, sin perjuicio de la que le asiste contra el inquilino, pudiendo ejercitarla simultáneamente. El inquilino que resulte condenado podrá repetir contra el causante del daño (art. 16).

Respecto al plazo de duración, el contrato queda sometido a las prescripciones del Derecho común. No le es aplicable el principio de la prórroga obligatoria para el arrendador (aquí el subarrendador), que impone el artículo 57 de la L. A. U. para los contratos de arrendamiento de viviendas.

El subarrendatario no puede subarrendar, ni hay sucesión *mortis causa* de sus derechos (arts. 20 y 61). En cuanto a la cesión *inter vivos* de su contrato, se aplican las prohibiciones de cesión del de inquilinato (art. 27).

B) Subarriendo de locales de negocio

El artículo 22 de la L. A. U. permite al arrendatario de local de negocio subarrendar, pero con autorización expresa y escrita del arrendador. Por otra parte, se especifica que el precio del subarriendo es libre. Tampoco es aplicable la prórroga obligatoria.

IX. CESION DE VIVIENDA Y TRASPASO DE LOCALES DE NEGOCIO

Con estas denominaciones legales se designan las mutaciones subjetivas en la titularidad de un contrato de arrendamiento que tiene por objeto la vivienda (cesión de vivienda) o el local de negocio (traspaso de locales de negocio). En otras palabras y empleando términos de puro Derecho civil, se alude a la cesión del contrato, admitida hoy bajo la consideración del contrato como un todo (derechos y obligaciones que de él nacen, etc.) con el consentimiento de otra parte contratante (aquí el arrendador). La mutación subjetiva se produce por una sucesión en la persona del contratante-cedente por la del nuevo adquirente de la titularidad que aquélla tenía en el complejo contractual.

Siguiendo el esquema legal, examinaremos primero la cesión de viviendas y a continuación el traspado de locales de negocio.

A) Cesión de viviendas

El artículo 23 prohíbe «el contrato de cesión de viviendas a título oneroso aunque en él se comprenda mobiliario o cualquier otro bien o servicio».

No obstante, se deduce del articulado legal (arts. 26 y 27) la validez de la cesión si hay consentimiento expreso del arrendador. Obsérvese que no se requiere, como un subarriendo, que además sea dado por escrito, lo que puede plantear problema de prueba.

El mismo artículo 23, en párrafo último, se ocupa de la cesión a título gratuito: «La cesión gratuita no surtirá efectos frente al arrendador sin consentimiento expreso del mismo». La defectuosa redacción del precepto puede hacer pensar en un diferente tratamiento de la cesión a título oneroso y a título gratuito. Para esta última, la falta de consentimiento del arrendador no le vincula a él (luego sí a los contratantes, a salvo las acciones que él tiene por cesión inconsentida). En cambio, en la cesión a título oneroso el contrato no producirá efectos no sólo para el arrendador, sino también para los contratantes. Esta conclusión es errónea. La cesión opera frente a las partes (es indiferente el título por el que se realiza la misma). Pero no frente al arrendador que no haya consentido.

El arrendador que no hubiese consentido expresamente la cesión (consentimiento que puede ser posterior al negocio, según la teoría general de la cesión del contrato) tiene acción para resolver el contrato, necesitando demandar al cesionario también. No está sujeta a caducidad, salvo en el caso de que sea notificado fehacientemente por el cedente o cesionario del negocio realizado. Entonces caducará a los dos meses, computados desde la fecha de la notificación. Si acciona el arrendador y prosperase, llevará implícito el lanzamiento del cesionario, que podrá obtener del cedente «la devolución del precio que hubiese pagado por la cesión» (art. 25). Aun mediando consentimiento del arrendador, debido a la inmoralidad que supone la especulación de las viviendas en tiempos de escasez, el artículo 26 concede al cesionario acción para obtener la devolución del precio que haya pagado por la cesión del contrato, pudiendo dirigirla simultáneamente contra el arrendador y el cedente, y serán responsables del pago, sean cuales fueren los pactos entre ellos (responsabilidad solidaria)[2].

El artículo 27 extiende la prohibición de ceder el contrato a los contratos de subarriendo «en cuyo caso —dice el precepto— podrá resolverse el contrato de subarriendo a instancia del subarrendador o del arrendador que no la hubiere consentido». De la letra del artículo 27 se deduce la extraña consecuencia de que el arrendador debe consentir también en la cesión, siendo así que lo cedido es un contrato de subarriendo, por lo que en buena lógica lo indispensable sería el consentimiento de la otra parte (subarrendador).

El cesionario también tiene acción para reintegrarse el precio pagado por la cesión del contrato de subarriendo lo mismo que el cesionario según el artículo 26, pero ampliándose el círculo de personas solidariamente responsables de ese pago: arrendador, inquilino, subarrendatario (cedente).

[2] La acción parece circunscribirla el artículo 26 al supuesto de que el arrendador solicitase la resolución del arrendamiento y no prosperase su pretensión al demostrarse que consintió la cesión. Pero no se ve la razón para negar la posibilidad de reintegro en aquellos otros casos en que la cesión quedó firme por haber caducado la acción resolutoria del arrendador o por carecer de ella. El reintegro lo puede exigir el cesionario bien cuando es lanzado de la vivienda por la resolución instada por aquél, bien cuando la cesión sea ya inimpugnable.

B) Subrogación en la vivienda

No obstante la prohibición de ceder el contrato se autoriza al inquilino a subrogar en él, sin consentimiento del arrendador al cónyuge y a determinados parientes (ascendientes, descendientes, hijos adoptados antes de los 18 años, hermanos), que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada con dos años de antelación, o de cinco si de hermanos se tratase. Para el cónyuge no rige ningún plazo. Esta subrogación necesita ser notificada de modo fehaciente al arrendador, para *su eficacia,* dentro de los dos meses de realizada (art. 24.1 y 2).

C) Traspaso de locales de negocio

En el traspaso de locales de negocio consiste sustancialmente en la cesión a un tercero del contrato de arrendamiento sobre dichos locales. El artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice: «El traspaso de locales de negocio consistirá, a efectos de esta ley, en la cesión mediante precio de tales locales, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento».

Constituye la facultad de traspasar uno de los poderes (o si se quiere facultades) que forman el contenido del derecho de arrendatario. No necesita, por tanto, del consentimiento del arrrendador para efectuar la cesión de su contrato. Pero téngase en cuenta que el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad en los arrendamientos de locales de negocio es bastante considerable, y de acuerdo con el artículo 6.° tal poder es renunciable o susceptible de someterlo a limitaciones (consentimiento del arrendador, v. gr.). Si no existen, el poder de traspasar concedido al arrendatario es absoluto.

El artículo 32 enumera los requisitos necesarios para la existencia legal del traspaso. El párrafo último sanciona el incumplimiento de cualquiera de ellos con la facultad que otorga al arrendador de no reconocer el traspaso. Puede ejercitar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento (art. 114.5.ª). Pero hay que tener en cuenta que los requisitos en cuestión se prevén para la hipótesis de que el arrendatario quiera ceder unilateralmente su contrato, por lo que no rigen si el arrendador consiente que lo haga (S. de 1 de diciembre de 1983).

Estos requisitos son:

1.° Que el arrendatario lleve establecido legalmente, precisamente en el local objeto del traspaso, y explotándolo ininterrumpidamente, el tiempo mínimo de un año.

Ese año no tiene que ser necesariamente anterior a la fecha del traspaso (S. de 24 de mayo de 1958), ni basta con la explotación durante él y después se paralice para que se pueda traspasar, aunque se admite la temporal y por causas incidentales o transitorias (S. de 30 de marzo de 1951).

2.° Que el adquirente contraiga la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el tiempo mínimo de otro año, y destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario.

No se exige que, verificado el traspaso, haya el adquirente de comenzar inmediatamente a desarrollar su actividad sin solución de continuidad, pues puede haber causas que lo impidan (S. de 12 de abril de 1967).

El adquirente ha de dedicar el local a negocio de la misma *clase* que ejercía el arrendatario, que no es igual a continuar el *mismo* negocio, pues se coartaría la libertad iniciativa mercantil.

3.° La fijación de un precio cierto por el traspaso.

4.° Que el arrendatario notifique fehacientemente al arrendador o, en su defecto, a su apoderado, administrador y, en último término, al que materialmente cobre la renta, su decisión de traspasar y el precio convenido.

No se señala el lugar en que deba verificarse la notificación, por lo que es suficiente que se haga en sitio y persona con garantía bastante para hacerla llegar al interesado (S. de 11 de octubre de 1969).

5.° Otorgarse el traspaso por escritura pública, en la cual deberá consignarse, bajo la responsabilidad del arrendatario, haber cumplido el requisito anterior y la cantidad por la que se ofreció el trapsaso al arrendador.

6.° Que dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la escritura, el arrendatario notifique fehacientemente a las personas designadas en el apartado cuarto la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que ésta ha contraído la obligación establecida en el apartado segundo.

La L. A. U. reconoce al arrendador dos derechos reales de adquisición preferente: el tanteo y el retracto.

a) Derecho de tanteo.—El artículo 35 determina que dentro de los treinta días a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar el precio que le ha sido ofrecido, el arrendador podrá utilizar el derecho de tanteo. Hasta que transcurra este plazo no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso. Si lo hace con anterioridad se frustra el derecho del arrendador y éste tendrá acción para solicitar la resolución del contrato.

El artículo 33 de la ley extiende el ejercicio del tanteo al supuesto de «ejecución judicial o administrativa» del derecho de traspaso, lo cual supone su previo embargo. Se notificará de oficio al arrendador la mejor postura ofrecida en la subasta o, en su caso, la cantidad por la que el ejecutante pretenda la adjudicación, quedando en suspenso la aprobación del remate o de la adjudicación hasta que transcurra el plazo señalado anteriormente en el artículo 35.

Cabe que el arrendador no ejercite el tanteo, pero no por ello pierde otro derecho que la Ley de Arrendamientos Urbanos le concede: la participación en el precio del traspaso.

b) Derecho de retracto.—La notificación que impone el artículo 32.6 al arrendatario, una vez que se ha otorgado la escritura de traspaso, tiene por objeto la fijación de un plazo dentro del cual pueda hacer uso del retracto, derecho real que le otorga al arrendador el artículo 36. Dicho plazo es de treinta días siguientes, a contar de aquel en que le fuera notificada por el arrendatario la realización del traspaso. Y si la notificación no le hubiere sido hecha, desde que tenga conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales.

¿En qué casos el arrendador puede utilizar el retracto? Según el artículo 36.1, cuando el arrendatario no le hubiere hecho la preceptiva oferta que es necesaria para que el arrendador pudiese adquirir el local por tanteo, antes de la realización del traspaso. También cuando el arrendatario le notificó, en esa oferta preceptiva, un precio, y se realiza el traspaso por precio *inferior* al que le notificó, aunque en su momento no hiciera uso del tanteo.

Igualmente se concede el retracto al arrendador cuando el traspaso de local se hiciera por dación o adjudicación en pago de deudas.

c) Participación en el precio del traspaso.—Otro derecho que tiene el arrendador es el de participar en el precio pagado por el cesionario cuando «no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o de retracto dentro de los treinta días señalados en los artículos 35 y 36» (art. 39.1). Su cuantía será la que libremente convenga con el arrendatario (art. 39.1). A falta de acuerdo, la ley fija una participación en función de la fecha en que se construyó o habitó por primera vez el local de negocio (art. 39.2).

La mencionada cuantía será retenida del precio del traspaso por el cesionario para su abono al arrendador. En los casos de dación y adjudicación en pago de deudas, la entrega al arrendador de la participación en el precio será a cargo del adquirente (art. 39.3).

d) Preferencia para el ejercicio de estos derechos.—Según el artículo 40, «el tanteo, retracto y participación en el precio del traspaso a que se refiere esta sección serán preferentes sobre cualquier otro derecho *similar,* a excepción del de condueño del negocio».

Se establece, pues, una preferencia en el ejercicio del tanteo y retracto, en favor del arrendador, frente a otros derechos de adquisición preferente que pudieran tener por objeto el local traspasado, «a excepción del de condueño del negocio». Esta expresión legal significa que se posponen los derechos del arrendador a los que tienen los otros coarrendatarios del local de negocio, como medio para acabar cuanto antes con una situación de indivisión (S. 30 de enero de 1982).

En cuanto a la preferencia para hacer efectiva la participación en el precio del traspaso, nos encontramos con un crédito privilegiado del arrendador que modifica las normas de los artículos 1.922-1.924 del Código civil. Pero esta preferenca solamente opera frente a *créditos similares,* y es difícil que exista otro crédito por participación en el precio del traspaso que tenga otro arrendador.

e) Derecho a la elevación de la renta del contrario.—El arrendador tendrá derecho a aumentar la renta en la cuantía que convenga con el cesionario, o falta de acuerdo, en un quince por ciento de la renta que satisfaga el arrendatario en el momento de realizarse el traspaso (art. 42).

D) Traspaso del local de negocio con existencias

Hasta aquí hemos estudiado el traspaso del local de negocio sin existencias. Pero se admite también el traspaso con existencias y entonces la regulación legal queda un tanto matizada.

El artículo 41 dice: «Para que el traspaso del local de negocio *obligue* al arrendador, cuando al arrendatario, al realizarlo, venda existencias, mercaderías, enseres o instalaciones de su propiedad que en él hubiere, o el negocio mismo, será menester *que se observen las anteriores reglas* y, además, que tanto en la preceptiva oferta al arrendador como en la escritura que solemnice la cesión, se consigne el precio del traspaso del local saparadamente del que corresponda a los rentantes bienes transmitidos». Por tanto, el arrendador se le comunicará el precio del traspaso y, además, el que corresponda a los restantes bienes («separadamente»).

El arrendador conserva los derechos de tanteo o retracto únicamente sobre el local. Lo mismo han de entenderse con referencia a su participación en el precio del traspaso; sobre el precio del traspaso del local (art. 41.2).

No obstante, el arrendador le puede interesar el rescate del local arrendado mediante el tanteo o retracto y, *además,* la adquisición de los enseres propios del arrendatario que quiere, a su vez, vender al cesionario. Es obvio que entonces no se da exclusivamente la figura del traspaso de local de negocio (recuérdese su definición por el art. 29), sino al mismo tiempo la adquisición de esos enseres por medio de un derecho de opción de compra. En este supuesto, el artículo 41.3 concede al arrendador el derecho a deducir del precio atribuido al local los porcentajes de participación.

El artículo 38 preceptúa: «El propietario que adquiera sin existencias el local de negocio o a virtud de los derechos de tanteo o retracto, no vendrá obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en dicho local». Pero se acepta por la doctrina que este artículo, pese a que su interpretación pudiese llevarnos a otra conclusión, se aplica tanto al traspaso con o sin existencias.

E) Supuestos que no constituyen traspaso

Enumera el artículo 31 los siguientes:

1.° Mientras subsista, no se reputará la *asociación* que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiere fallecido, aunque forme parte de ella el cónyuge sobreviviente.

Este artículo se relaciona íntimamente con el artículo 60.1, según el cual:

«Por el hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida, vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido».

Así pues, en el artículo 31.1 existe una transmisión de la titularidad arrendaticia a los hijos (y, además, al cónyuge sobreviviente en su caso), porque éstos son los herederos. Para la continuación *del negocio de la misma clase* del arrendatario fallecido, estos sucesores constituyen una *asociación*. Pero el término de asociación es amplio y genérico. Lo mismo puede referirse a una mera comunidad que a la creación de una sociedad que lleve consigo el nacimiento de una *nueva* personalidad jurídica. El Tribunal Supremo, no obstante aceptar esta indeterminación conceptual, excluye que pueda incluirse en el concepto de *asociación* las sociedades que no tengan carácter personalista, sino capitalista, como las anónimas y limitadas, y admite las sociedades de hecho o simples comunidades y las sociedades colectivas (Ss. de 9 de octubre de 1957, 6 de marzo de 1964, 19 de junio de 1969 y 25 de mayo de 1970).

2.° Tampoco se reputará traspaso la cesión que del local de negocio o del negocio mismo efectúe el arrendatario a una cooperativa u otra unidad sindical, constituida con mayoría de los productores obreros que en él estuvieren empleados, pero sí se reputará traspaso cuando la que hubiera adquirido el local lo ceda a otro.

3.° La formación o transformación de sociedades *por ministerio de la ley*.

F) Pluralidad de coarrendadores de local de negocio

Según el artículo 37, no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente, pero, si alguno de ellos no deseare usarlo, se entenderá que renuncia en beneficio de los demás.

X. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO DEL INQUILINO Y ARRENDATARIO DEL LOCAL DE NEGOCIO

Para facilitar el acceso a la propiedad del inquilino y del arrendatario del local de negocio la L. A. U. les concede el tanteo y el retracto.

a) *Supuestos.*—Según el artículo 47 son los siguientes:

1.° Cuando se venda o se ceda solutoriamente la finca *por entero y sólo existiere en ella una vivienda o local de negocio*. Por tanto, no procede su ejercicio cuando se venda la finca o se ceda solutoriamente si está ocupada por varios arrendatarios o por el arrendatario y el propio arrendador.

2.° Si la finca urbana está ocupada por varios inquilinos o arrendatarios, tienen derecho al tanteo o retracto, en su caso, cuando se venda o ceda solutoriamente la vivienda o local de negocio y nada obsta (para evitar posible burla de esos derechos de adquisición preferente) que la transmisión se realice «por plantas o agrupados a otros». Si los objetos arrendados están separados no por proyecciones horizontales sino verticales, también el inquilino o arrendatario puede tantear o retraer. Tampoco impide la efectividad de aquellos derechos el que las transmisiones se hagan por un solo precio, porque sería un medio para hacerlos ineficaces.

3.° En caso de adquisición de vivienda (no de local de negocio) por consecuencia de división de la cosa común adquirida por herencia o legado y de adquisiciones realizadas antes del 1 de enero de 1947 [3]. En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda.

b) *Ejercicio.*—El inquilino a arrendatario puede utilizarlo *sobre el piso o local que ocupa* en el plazo de sesenta días naturales, «a contar del siguiente al en que le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador» (art. 47.1) [4].

Cuando se vendan varios pisos o locales por un precio unitario, dado que la jurisprudencia aprecia justamente que no pierde el inquilino o arrendatario estos derechos de adquisición preferente, vendrá obligado el arrendador a notificar el precio por separado de cada piso o local. En caso contrario procederá la acción de retracto (por omisión de los requisitos exigidos para tantear) y en este juicio se establecerá, mediante los procedimientos adecuados, el precio aislado del piso que ocupe el retrayente.

En cuanto al retracto, el inquilino o arrendatario puede ejercitarlo con sujeción al artículo 1.518 del Código civil, cuando no se le hubiere hecho la notificación prevenida anteriormente, o sea, defectuosa, bien por omisión de requisitos exigidos, bien porque después la transmisión no se ajuste a lo que en aquélla se manifestó (art. 48.1). Así se evita que queden frustrados los derechos de adquisición.

Se señala un plazo de caducidad de sesenta días naturales, «contados desde el siguiente a la notificación, que en forma fehaciente deberá hacer en todo caso el *adquirente* al inquilino o arrendatario de las condiciones en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de la copia de la escritura o documento en que fuere formalizada» (art. 48.2). No obstante, si se demuestra que, pese a

[3] La Resolución de 18 de abril de 1986 dice que lo que trata de evitar la Ley es el fraude al arrendatario, que no se produce cuando la vivienda ha sido arrendada por varios comuneros y *entre ellos* se produce la división de la comunidad. También enumera otros supuestos de exclusión.

[4] Como se admite la entrada en juego del tanteo en las cesiones solutorias y en las adjudicaciones de vivienda por división de la cosa común, pueden presentarse dificultades para notificar al arrendatario *el precio* de la transmisión. Parece obvio que en las cesiones solutorias será equivalente al importe de la deuda que el arrendador extinga mediante esa transmisión, y en las adjudicaciones la que conste en el documento de adjudicación.

no cumplirse esta formalidad, el retrayente tuvo conocimiento de la transmisión y sus condiciones esenciales, debe contarse el plazo de caducidad.

Como medida protectora del inquilino o arrendatario se ordena en el artículo 55 que para inscribir la adquisición de fincas urbanas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones expuestas. Si no estuviera arrendada, deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público[5].

c) *Limitaciones que gravan al adquirente.*—El que hubiese adquirido por tanteo o retracto, así como su heredero o legatario, no podrá transmitir por actos *inter vivos* el piso hasta que transcurran dos años desde la adquisición, salvo si hubiera venido a peor fortuna. El incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada (art. 51).

d) *Preferencia para el tanteo o retracto.*—Según el artículo 50: «El derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido».

Hay que tener en cuenta, para la debida inteligencia de la disposición, que el retracto de comuneros exige la transmisión de la cuota de cualquiera de ellos, en cuyo supuesto también se dan los derechos de adquisición en favor del arrendatario o inquilino (vid. art. 1.522 C.c.).

e) *Tanteo y retracto en las enajenaciones forzosas.*—El hecho de que la transmisión de la vivienda o local de negocio sea consecuencia de un proceso de ejecución no priva al inquilino o arrendatario de sus derechos. Una razón de analogía aconseja la remisión al artículo 33.1.

f) *Acciones de simulación y de impugnación de la transmisión.*—Para proteger su permanencia en la vivienda o local y no pueda el adquirente denegarle la prórroga por necesidad (al inquilino), el artículo 53 recoge dos acciones.

Una es la de simulación, que puede ejercitar tanto el inquilino de vivienda como el arrendatario de local de negocio. Con ello se evita que pase como realizada una adquisición sólo simulada.

Otra es la de impugnación de la transmisión, cuyo éxito tiene un efecto limitado; el adquirente no podrá denegar al inquilino de la vivienda la prórroga legal por causa de necesidad.

El inquilino (no el arrendatario de local de negocio) es el legitimado para ejercitarla, y habrá de demostrar que el importe de la transmisión, incluidas las cargas, excede de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague, con arreglo a los tipos que se indican en el citado artículo 53.

[5] Cuando la vivienda o local es objeto de ejecución hipotecaria y se adjudica judicialmente, basta la declaración de que no está arrendada realizada por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien ante Notario, bien en instancia firmada o ratificada ante el Registrador (R. de 20 de noviembre de 1987).

Esta acción es ejercitable cuando no se ha hecho uso del tanteo o retracto, y en el plazo de sesenta días naturales, contados desde el siguiente al de la notificación que ha de hacer el adquirente al inquilino de la adquisición que ha efectuado, mediante entrega de la copia de la escritura o documento en que se formalizó.

No podrá ejercitarse la acción impugnatoria, cualquiera que sea el precio efectivo de la transmisión, cuando de la finca transmitida que conste de una sola vivienda formen parte terrenos de mayor valor que el que realmente corresponda a lo edificado.

XI. TIEMPO DE DURACIÓN DE LOS CONTRATOS

Uno de los pilares fundamentales de la legislación especial de arrendamientos urbanos lo constituye, sin duda, la prórroga obligatoria del contrato para el arrendador y potestativa para el inquilino o arrendatario al vencimiento de su término.

Este principio aparece recogido en el artículo 57 de la Ley, que también impone la prórroga cuando haya cambiado la persona del primitivo arrendador: «aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». El problema, tan debatido en la doctrina y la jurisprudencia, acerca de si en los arrendamientos otorgados por el usufructuario al extinguirse el usufructo se extinguía el arrendamiento (art. 480 C.c.), o, por el contrario, el nudo propietario que consolidaba su propiedad estaba obligado a respetarlo, ha sido resuelto en este último sentido por razones de protección al arrendatario o inquilino, con la excepción prevista en el artículo 114-12.ª: que el arrendamiento concertado por el usufructuario fuese notoriamente gravoso para la propiedad. En tal caso, *puede* pedir la resolución del contrato.

Aquí ha de volverse a mencionar el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues permite que los contratos que se celebren con posterioridad duren exclusivamente el tiempo pactado, sin que le sea aplicable, si las partes no quieren, el régimen de *prórroga legal* de la L. A. U., salvo la tácita reconducción del artículo 1.566 C.c.

La L. A. U. permite al arrendatario, que lo sea de vivienda o de local de negocio, desalojar el local antes de que venza el plazo estipulado, notificando su propósito por escrito al arrendador con treinta días de antelación por lo menos e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo contractual todavía sin cumplir (art 56).

La muerte del inquilino o arrendatario del local de negocio, ya sea durante la vigencia del contrato, ya durante su prórroga legal (art. 60.1, aplicable con más razón todavía al inquilinato), es regulada minuciosamente. A estos efectos distinguiremos entre el inquilinato y el arrendamiento de local de negocio, aclarando que la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que no se con-

ceden sucesiones automáticas, sino facultades de subrogación en la relación arrendaticia.

XII. LA MUERTE DEL INQUILINO O ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO

A) Arrendamiento de vivienda

En la titularidad arrendaticia tienen derecho a subrogarse las personas ligadas con vínculo de parentesco con el arrendatario determinadas en el artículo 58 y que con él convivan con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, excepto los que estuviesen sometidos a su patria potestad. Respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación.

La L.A.U. establece el principio de la necesidad de un *solo sucesor en el contrato,* pero no prohíbe que los demás parientes convivan con él si así lo acuerdan. En el supuesto de que concurran los requisitos para la subrogación en más de una persona, fija normas en el artículo 58.2 para establecer la prelación entre ellas[6].

El arrendador tiene que saber quién se ha subrogado en el contrato, no sólo para conocer la persona que ha de cumplir los derechos y obligaciones emanados del mismo, sino también para comprobar si dicho sucesor reúne los requisitos legales. Por ello, el artículo 58.4 dispone: «La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino.» La sanción por incumplimiento de este deber se preceptúa a continuación: «Si el arrendador no recibiese en tiempo la notificación, *podrá* requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comunique la subrogación del beneficiario, con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación, tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificare la subrogación en este último plazo.» Parece obvio que la notificación del arrendador a los ocupantes (paso previo para la resolución del contrato) *se refiere a los ocupantes que tengan derecho a la subrogación.*

Las subrogaciones en el contrato no se prolongan hasta el infinito. Según el artículo 59: «Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos *inter vivos* o *mortis causa* sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes o (hijos) adoptivos, sin que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiendo observarse en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el anterior artículo».

[6] Sobre la sucesión en el arriendo de locales para el ejercicio de profesiones liberales, vid. art. 58.3 LAU.

B) Locales de negocio

El artículo 60 llama para la subrogación en la titularidad del contrato al heredero del arrendatario, y, a falta de éste o de su deseo de sustituir al arrendatario, al socio.

El artículo 60 obedece a la idea de la continuidad del negocio, por lo que la jurisprudencia dice que no es aplicable cuando antes de la muerte del arrendatario hubiese cesado en su actividad comercial (p. ej., el arrendatario ha subarrendado) (Ss. de 28 de abril y 12 de mayo de 1971, entre otras).

En cuanto al socio, dice el artículo 60.2: «A falta de heredero o de su deseo de sustituir al arrendatario fallecido, el socio podrá continuar el arrendamiento, aun en el supuesto de una sociedad civil. De este último beneficio disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España».

El presupuesto de la norma lo constituye indudablemente la aportación del arrendamiento a una sociedad (que debe realizarse con el consentimiento del arrendador). Pero no para que la sociedad constituida sea la sucesora de aquél en el contrato, porque entonces carecería de relevancia la muerte del socio ex arrendatario. La aportación es sólo del uso.

Aunque el artículo 60.2 mencionase al «socio» de la misma manera que se refiere al «heredero», no hay inconveniente para extender el beneficio a los «socios» lo mismo que a los «herederos».

El artículo 60.3 únicamente autoriza dos transmisiones, de modo que fallecido el primer sustituto del arrendatario podrá tener lugar la segunda y última transmisión.

Cada trasmisión que se efectúe conforme a este artículo dará derecho al arrendador a aumentar la renta en los términos expresados en el artículo 42 (art. 60.4).

Si el arrendamiento se ha hecho a más de un arrendatario solidariamente, su muerte no da lugar a la subrogación, pues la titularidad continúa en el superviviente o supervivientes (S. de 31 de mayo de 1985).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Bernal Martín: *La sucesión «mortis causa» en el arriendo de local de negocio,* R. D. Mercantil, 1960, p. 149; Castán Tobeñas-Calvillo: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos,* Madrid, 1965; Cossío-Rubio: *Tratado de arrendamientos urbanos,* Madrid, 1949; Ferrandis Vilella: *Sucesión en los arrendamientos. Transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendatario,* A. D. C., 1954, p. 405; López Jacoiste: *El arrendamiento como aportación social,* Navarra, 1963; Rodríguez Aguilera y Peré Raluy: *Derecho de arrendamientos urbanos,* Barcelona, 1965; Soto Nieto: *El traspaso de locales de negocio,* Barcelona, 1963.

26. LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS
(Continuación)

I. EXCEPCIONES A LA PRORROGA

El artículo 62 señala las causas por las que el inquilino o arrendatario del local de negocio carecen del derecho a la prórroga legal.

A) NECESIDAD DEL ARRENDADOR

a) *Vivienda.*—Cuando el arrendador *necesite* para sí la vivienda o para que lo ocupen sus ascendientes o descendientes.

En principio el arrendador habrá de justificar la necesidad de la ocupación, que es distinta de la mera conveniencia o comodidad.

Pero el artículo 63.2 enumera cuatro casos en los que se presume la necesidad, con presunción *iuris tantum*, y el artículo 63.3 sienta otra presunción *iuris tantum* importante: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, no acreditada la necesidad cuando con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga se hubiera desalojado vivienda de características análogas en edificio propiedad del arrendador o del familiar de éste para quien se reclame».

Para proteger la ocupación de la vivienda por el inquilino más necesitado de protección, el artículo 64 señala un *orden de prelación* en las fincas arrendadas por pisos respecto al ejercicio del derecho de denegación de prórroga.

> La denegación de prórroga se practicará mediante requerimiento, en forma fehaciente, del arrendador al inquilino afectado, haciéndole saber el nombre de la persona que necesite la vivienda, la causa de necesidad en que se funde y las circunstancias de posposición concurrentes en los demás inquilinos, todo con un año de antelación (art. 65.1). No se exige que la causa de necesidad *exista en la fecha del requerimiento, pero sí al cumplirse el año del mismo* (art. 65.2).
>
> Sobre el inquilino pesa la carga de contestar de modo fehaciente al arrendador dentro del plazo de treinta días hábiles si acepta o no la denegación de prórroga. Si la acepta, el arrendador queda facultado para instar el lanzamiento, en su día, por los trámites de ejecución de sentencia en los juicios de desahucio.
>
> Si no lo acepta, el inquilino deberá exponer las causas en que se funde su oposición, y si no lo hiciere dentro del referido plazo, podrá el arrendador anticipar el ejercicio de su acción y presentar su demanda transcurridos seis meses desde la fecha de requerimiento, entendiéndose reducida, además, a la mitad la indemnización que pudiera corresponderle (art. 65.3). Por tanto, no hay que esperar a que transcurra el plazo del año de preaviso.

Al inquilino se le concede una indemnización que varía según los casos (arts. 66 y 67).

Para evitar que la necesidad alegada por el arrendatario sea un pretexto dirigido a la denegación de la prórroga, el artículo 68 protege los derechos del inquilino a recuperar la vivienda en el caso de que no sea ocupada por la persona para la que se reclamó o ésta la arrendase o cediese su goce a un tercero dentro de los tres años siguientes.

b) *Locales de negocio.*—El artículo 70 señala los requisitos que han de reunirse para que el arrendador deniegue la prórroga por necesidad:

1.° Que se justifique debidamente la necesidad de la ocupación. El mero deseo o conveniencia de ampliar su negocio no será causa bastante —dice el artículo 71— para denegar la prórroga.

2.° Que se practique el requerimiento de denegación (en los términos prevenidos en el artículo 65).

3.° Que el que aspire a ocupar el local de negocio se halle establecido en actividad de comercio o industria con un año de antelación, cuando menos, a la fecha en que se practique el anterior requerimiento. Ahora bien, ningún precepto autoriza a restringir el alcance de esta excepción a la prórroga forzosa al supuesto de que el arrendador ejerza la industria por sí mismo y no por medio de gerente o apoderado. Igualmente puede denegar la prórroga el arrendador, aunque el local en el que realizaba su industria o comercio lo ocupase a título de arrendatario.

No se requiere que en ese plazo del año se desarrolle una actividad de comercio o industria que sea la *misma* que después de ocupado el local se va a ejercitar.

4.° Que el arrendatario sea indemnizado por el arrendador en la cuantía que libremente convengan, y de no haber acuerdo, en la forma que se establece legalmente (art. 73.3), salvo que se tratase de arrendamiento comprendido en el artículo 5.°2 (contratos asimilados a arriendo de local de negocio), en que la indemnización será de dos anualidades de renta (vid. fundamentalmente S de 24 de abril de 1963). La indemnización es una obligación que se impone al arrendador *ex lege*, por lo que el arrendatario no tiene que justificar los perjuicios que se le causan por el desalojo [1].

Si el local está subarrendado, la indemnización se reparte por igual con el subarriendo, salvo que por pacto expreso entre arrendatario y subarrendatario se disponga otra cosa (art. 74).

El arrendador, al recuperar el local para sí o para la persona para quien lo interesó, debe ocuparlo y abrirlo al público dentro de los seis meses de haber sido desalojado por el arrendatario (vid. art. 75).

[1] Al no existir ya las Juntas de Estimación, que eran las que fijaban la indemnización en defecto de acuerdo entre arrendador y arrendatario, son los Tribunales los que cumplen esa función (S. de 28 de febrero de 1987).

B) Derribo de la finca. El derecho de retorno

El artículo 62.2º considera como causa de denegación de la prórroga el proyecto de derribar la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en aquélla hubiere, respetando al propio tiempo *el número de locales de negocio,* si en el inmueble los hubiere. Si la finca careciese de viviendas o las que existieren fueren dependencias de locales de negocio con que cuenta, que se comprometa el arrendador a que la reedificada disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas con independencia plena de los locales de negocio (art. 78.1).

Para que el arrendador pueda excepcionar la prórroga se *requiere la autorización del gobernador civil de la provincia,* y a tal efecto dirigirá escrito a dicha autoridad en el que contraerá el compromiso de realizar la reedificación *en el plazo que deberá ser señalado por ella.* El compromiso abarca también las condiciones en que ha de hacerse esa reedificación por lo que respecta al aumento de viviendas y respecto al número de locales de negocio (art. 78.1).

Además se exige para la denegación de la prórroga no sólo la autorización para la demolición, sino la notificación a inquilinos o arrendatarios con un año de antelación al día que proyecta el arrendador del derribo, por lo menos, «insertando copia literal de la mencionada autorización del gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras» (art. 78.2).

El derecho de retorno supone, en esencia, la facultad del inquilino o arrendatario de instalarse en el inmueble reedificado, cumpliendo los requisitos exigidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En efecto, con arreglo al artículo 81, *el inquilino o arrendatario* (por tanto, ni el subarrendatario ni el precarista) pueden optar entre instalarse en el inmueble reedificado o no. Si no desean instalarse, entregarán al arrendador documento expresivo de su decisión y al momento de desalojar deberán ser indemnizados por aquel con el importe de seis mensualidades de la renta que vinieren pagando (art. 81.4). Ello implicará la extinción de la relación arrendaticia.

El derecho de retorno es reconocido por la Ley de Arrendamientos Urbanos en favor de los inquilinos o arrendatarios que opten por la nueva instalación dentro del plazo del preaviso. Pero el artículo 81 exige la suscripción con el arrendador de un documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocio que ocupe, su renta, el número de unas y de otros que existan en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador. Suscripción que se hará antes del desalojo.

El artículo 81.3 dice: «Asimismo perderá el derecho de ocupación de vivienda o local de negocio... y el arrendador quedará en libertad de disponer del que le corresponda el inquilino o arrendatario que tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el artículo 62.5.º.» En realidad se trata de un supuesto en el que el derecho de retorno no llega a nacer.

Una vez efectuada la reedificación, el arrendador ha de notificar a los inquilinos y arrendatarios de local de negocio que pueden ocupar los que le asigne en el plazo de treinta días, y si no lo hacen, perderán su derecho (art. 82).

Esa vivienda o local nuevo dispondrá, por lo menos, de una extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de los que ocupaban en el edificio antiguo, con iguales instalaciones y servicios y en altura y posición análogas. La renta exigible es la que antes pagaban incrementada en un cinco por ciento del capital invertido en la reconstrucción, incluyendo lo gastado en la demolición (arts. 83 y 84).

Si la nueva vivienda o local no reúne las condiciones anteriormente señaladas, la renta señalada anteriormente sufre una reducción en la cuantía que se señala legalmente según los defectos (art. 85).

Si el arrendador incumpliere la obligación de reserva, los inquilinos o arrendatarios podrán optar entre exigirle una indemnización equivalente a cinco anualidades de la renta que pagaban, o reclamar la vivienda o local que elijan en el nuevo inmueble por la misma renta que satisfacieren en el derruido. Si eligen esta última alternativa, llevará implícito el lanzamiento del ocupante, sin perjuicio del derecho de éste a reclamarle del arrendador la indemnización de daños y perjuicios. La acción caduca al año de quedar totalmente ocupado el inmueble reconstruido (arts. 88 y 89).

Para la más eficaz protección del derecho de retorno, el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, dispone que puede constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Están legitimados para solicitarla los inquilinos y arrendatarios que tengan dicho derecho, bastando la solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte. Caduca esa nota marginal a los cinco años.

Sin embargo, como el artículo 94 L.A.U. impone al adquirente del arrendador la carga de soportar el ejercicio del derecho de retorno, aunque no se haya tomado la nota marginal en el Registro de la Propiedad no estará protegido, alegando su buena fe y que lo que no está inscrito no le perjudica con fundamento en los artículos 32 y 34 L.H. Ello no obsta para que el arrendador pueda vender libremente la finca, y si no menciona el derecho de retorno existente, responderá al adquirente de daños y perjuicios, pero la venta no es nula (S. de 19 de mayo de 1979 y las que cita).

C) No uso del objeto arrendado

El artículo 62.3 L.A.U. considera como causa general de denegación de prórroga la falta de ocupación de la vivienda durante más de seis meses en el curso de un año, o el cierre del local de negocio por igual plazo, a menos que exista justa causa para la desocupación o cierre.

El cierre del local de negocio implica que no se halla abierto al público, aunque en él se realice alguna actividad. No se comprende bajo este concepto aquellos otros locales, asimilados a locales de negocio (art. 5.°), cuando no se hallaren abiertos al público. El no uso hay que referirlo aquí a la falta de ocupación de los mismos, al no ejercicio de la actividad a que se destinaron.

El plazo no ha de contarse de una manera continua e ininterrumpida, porque sería fácil entonces la vulneración del espíritu del precepto al bastar una ocupación momentánea que diese lugar de nuevo a esperar otro lapso de tiempo igual para apreciar esa falta de uso.

D) Falta de necesidad del inquilino

La causa 4.ª del artículo 62 se basa en este presupuesto, al permitir la denegación de la prórroga legal cuando el inquilino ocupe dos o más viviendas en la misma población y el uso de todas ellas no sea indispensable para atender a sus necesidades.

E) Tenencia de otra vivienda por el inquilino

Según el artículo 62.5°, procede la denegación de prórroga legal cuando el inquilino, en un plazo de seis meses, anteriores a la demanda, hubiese tenido a su libre disposición, como titular de un derecho real de goce o disfrute, una vivienda *desocupada* y apta para la satisfación de sus necesidades y de características análogas.

Se refiere el precepto a aquellos derechos reales que autorizan a su titular el goce o disfrute (propiedad, usufructo, habitación, etc.). Si la vivienda desocupada no le pertenece exclusivamente a él, sino en comunidad con otros propietarios, en principio cae en el supuesto legal (art. 394 del Código civil) y podrá denegarse la prórroga, salvo que demuestre que los demás copropietarios se oponen al uso exclusivo del mismo.

II. RENTA DE LAS VIVIENDAS Y LOCALES DE NEGOCIO. CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Según dispone el artículo 97: «La renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta ley será la que *libremente estipulen* las partes, aun cuando hubieren sido ocupadas con anterioridad a esa fecha», y el artículo 98 admite que puede ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes. Ha sido tema muy discutido, con jurisprudencia en cierto modo contradictoria, la validez de las cláusulas de estabilización en materia arrendaticia. El principio legal de la congelación de la renta, únicamente susceptible de aumentos legales, y, por otra parte, la posibilidad de renuncia a los beneficios legales en los arriendos de locales de negocio y viviendas suntuarias, además del principio (inconmovible e irrenunciable) de la prórroga forzosa que pudiera dificultarse o hacerse ilusorio con rentas elevadas, son circunstancias que oscurecen la visión del problema. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 abrió cauces más firmes que la anterior legislación arrendaticia para buscar una solución, que hoy aparece plenamente consolidada por la jurisprudencia, admitiendo sin ninguna duda las cláusulas de estabilización de las rentas, que aumentan o disminuyen según la variación de determinados índices, como el coste de la vida o índice de precios al consumo (Ss. de 19 de junio de 1985 y 23 de junio de 1986, entre otras), o el metro cuadrado de construcción (S. de noviembre de 1972). Incluso se permiten las cláusulas en las que se contemplen sólo las alzas de la renta (que en realidad no son cláusulas de estabilización al no acoger la posibilidad también de baja, sino de revisión), siempre que las partes se remitan a criterios fijados oficialmente, como el índice de coste de vida o índice de precios al consumo (Ss. de 21 de octubre de 1985, 9 de abril y 14 de mayo de 1987).

Las cláusulas de pura elevación de renta han sido miradas con disfavor por la jurisprudencia. Las consideraba correctas si el incremento era moderado (Ss. de 11 de octubre de 1982 y 20 de octubre de 1984). En cambio, si eran elevadas y constantes, las declaraba nulas (Ss. de 5 de abril de 1981 y 31 de octubre de 1984). Todo ello en función de la ecuación renta-prórroga forzosa, es decir, una elevación excesiva de la renta podía hacer que el inquilino o arrendatario abandonase el arrendamiento por no poder pagarla, a pesar de que la L.A.U. le da el derecho de prórroga forzosa.

Sin embargo, todas estas consideraciones quedan sin valor después del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, que permite que los contratos duren el término pactado, sin prórroga legal salvo voluntad contraria de las partes. El margen de actuación de la autonomía de la voluntad respecto a la renta debe ser obviamente mayor.

La renta que se revisa (o se eleva) es la que viene satisfaciendo el inquilino o arrendatario, aunque esté revisada anteriormente, salvo pacto en contrario, es decir, que se revise la contractual (o la base del aumento sea ésta) (S. de 25 de noviembre de 1987 y las que cita).

La elevación o revisión no opera automáticamente; es una facultad que se da al arrendador. No tiene efecto retroactivo a la fecha en que las partes han previsto la revisión, si el arrendador ejercita su facultad después (Ss. de 19 de junio de 1985 y 23 de junio de 1986). El plazo de ejercicio no es el de tres meses previsto en el artículo 106 L.A.U. para los aumentos legales, sino el general de quince años del artículo 1.964 para las acciones personales que no tienen señalado término de prescripción (S. de 4 de febrero de 1987).

El artículo 101 regula el procedimiento a seguir por el arrendador para hacer efectivas las elevaciones de renta o de cantidades asimiladas a ella. Esta

facultad podrá ejercitarla *en cualquier tiempo*, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efecto retroactivo (art. 101.1).

La facultad se ejercita con arreglo a las siguientes reglas:

1.ª El arrendador notificará por escrito al inquilino o arrendatario la cantidad que, a su juicio, debe pagar éste como aumento de renta y la causa de ello.

2.ª Dentro de los treinta días siguientes, el inquilino o arrendatario comunicará al arrendador, también por escrito, si acepta o no la obligación de pago propuesta, interpretándose el silencio como aceptación tácita. Los días han de ser naturales, sin descontar los inhábiles.

3.ª En caso de aceptación expresa o tácita, el arrendador, al siguiente período de renta que proceda, podrá girar el recibo incrementándolo con la cantidad que hubiere propuesto y su pago será obligatorio para el inquilino o arrendatario. El importe de la elevación habrá de figurar separadamente de la cantidad que constituia la renta anterior.

4.ª Cuando se rechace la elevación propuesta, el órgano judicial decidirá acerca de su legitimidad. Si es legítima, el arrendador puede optar por reclamarle las diferencias desde el día en que debieron serle satisfechas, o resolver *el contrato si la oposición fuese temeraria.* La resolución no procede si el demandado consigna, antes de contestar a la demanda, las diferencias reclamadas.

En los supuestos de aceptación *tácita*, si la cantidad girada resulta superior a la autorizada legalmente, el locatario podrá pedir la revisión de la renta satisfecha y la devolución de lo pagado indebidamente. Son, por tanto, dos acciones que se pueden ejercitar acumulativamente. El plazo para su ejercicio es el general que marca el artículo 106 para las acciones dimanantes de los derechos que reconoce el capítulo IX (*De la renta, su revisión y de la fianza*); un plazo de caducidad de tres meses a partir del hecho que las motive. Las aceptaciones tácitas generalmente se producen por el silencio del locatario a la notificación del arrendador. Este plazo es operante únicamente en los aumentos *legales* de renta [2].

III. LA FIANZA

El artículo 105 dispone que a la celebración de los contratos comprendidos en esta Ley será obligatoria la exigencia y prestación de la fianza en la cantidad equivalente a las mensualidades que señala, quedando exceptuados de esta obligación los arrendamientos de locales al Estado, Provincia o Municipio cuya renta haya de ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos.

[2] Hay que tener en cuenta que, para los contratos subsistentes el 1 de julio de 1964, la L.A.U. arbitró un complicado sistema de elevaciones de renta de carácter legal.

IV. OBRAS DE CONSERVACION Y MEJORA

La política de congelación de rentas y de prórroga forzosa del contrato ha traído como consecuencia la abstención del arrendador de sus obligaciones, que ya imponía el Código civil en el artículo 1.554.2, de hacer las reparaciones necesarias en la cosa arrendada, porque la inversión no resultaba rentable.

El Texto Refundido de 1964 ha querido paliar un tanto estas consecuencias estableciendo tímidamente una derrama sobre el locatario del interés del capital invertido en tales obras, a fin de que el arrendador tenga estímulos para efectuarlas. Tímidamente, porque la derrama afecta a determinados locatarios, concretamente a los contratos de arrendamiento que se hallasen subsistentes al comenzar a regir la ley de 1964 tanto de viviendas como de local de negocio, y además se distingue entre obras de reparación necesaria que sean comunes a *todos* (en cuyo caso se derrama el interés del 8 por 100 del capital invertido sobre ellos), o afecten a *algunos* (en cuyo caso, los demás no están obligados a soportar la derrama). Otra limitación importante: la derrama se hace en proporción a las rentas que paguen los inquilinos o arrendatarios, sin que en ningún caso el aumento pueda exceder del 25 por 100 de la renta anual, el cual se hará efectivo por recibos complementarios mensuales, porque esa cantidad no tiene el concepto de renta, sino de cantidad *asimilada a la misma.*

Fuera de esta especialidad, motivada como hemos dicho por las funestas consecuencias sociales que se producen por no hacer reparaciones necesarias en las viviendas y como estímulo para que el arrendador cumpla sus obligaciones, la Ley de Arrendamientos Urbanos regula en el capítulo X, con preceptos un tanto innecesarios en determinadas ocasiones porque con remitirse al Código civil bastaba, las obras de conservación y de mejora en el objeto arrendado.

El artículo 107 pone a cargo del arrendador la obligación de hacer aquellas reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para el *uso convenido*, o las de realizar las ordenadas por cualquier organismo o autoridad competente (art. 108.1).

A pesar del carácter imperativo del precepto citado, es admisible que pueda recaer sobre el inquilino esta obligación, pues es uno de los beneficios a los que se permite renunciar, si es de vivienda suntuaria o arrendatario de local de negocio (vid. art. 6.°).

El inquilino o arrendatario deberá notificar al arrendador la necesidad de las reparaciones, como ordena el artículo 1.559 C.c. Si el arrendador no las efectúa, aquél puede dirigirse al organismo o autoridad competente para imponer la ejecución de las mismas, y si deja transcurrir treinta días desde el requerimiento a tal fin sin comenzarlas, o tres meses sin terminarla, el inquilino o arrendatario podrá ejecutarlas o proseguirlas por sí, viniendo obligado el arrendador a abonar su importe de una sola vez al inquilino o arrendatario que lo hubiese satisfecho, dentro de los quince días siguientes al en que fuere requerido para ello (art. 110.1 y 3).

No obstante, y aparte del derecho de resolución que también asiste al lo-

catorio ante la abstención del arrendador, existen casos en los que la realización de las obras no puede demorarse, no puede quedar a merced de la lentitud de trámites administrativos o judiciales. Con toda justicia el artículo 110.2 L.A.U. dispone: «El inquilino o arrendatario podrá en todo momento realizar las reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave». Tiene derecho a resarcirse en la forma expuesta anteriormente.

Recogiendo la doctrina del Derecho común, el artículo 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice: «Las obras de reparación que tengan su origen en daño doloso o negligentemente producido por el inquilino o arrendatario o por las personas que con él convivan, serán de su cargo, pudiendo el arrendador reclamarles su importe, sin perjuicio de ejercitar, cuando los daños fueren dolosos, la acción (resolutoria del contrato) que autoriza la causa 7.ª del artículo 114.» ¿Regirá la presunción *iuris tantum* de culpa de arrendatario o, por el contrario, no se deroga el régimen normal del artículo 1.214 del Código civil sobre la carga de la prueba? Aunque la cuestión puede parecer dudosa, no vemos razón para desplazar el precepto del artículo 1.563, que obedece precisamente a la dificultad en que se encuentra el arrendador de probar hechos ocurridos en el interior de una vivienda.

Hasta aquí lo referente a obras de conservación. Pero la L.A.U. regula también la realización de obras de mejora, *únicamente a efectos de una elevación de renta a los inquilinos y arrendatarios por razón de las mismas*. En otras palabras, que no prejuzga nada sobre si el arrendatario o el arrendador pueden realizarlas. Aquí regirá el puro Derecho civil.

El artículo 112 distingue entre obras de mejora comunes y las que efectúe de acuerdo con el respectivo inquilino o arrendatario. Es decir, según se beneficien a *locatarios* o a uno solo de ellos. En el primer caso, requiere el consentimiento de los tres quintos de éstos. En el segundo, el acuerdo del locatario singular. Evidentemente, cuando beneficie a *dos* locatarios, al no ser posible aplicar la regla de la mayoría antedicha, tendrán que consentir *ambos*.

El acuerdo versará normalmente sobre la cuantía de las elevaciones, que lleva implícito el consentimiento para la realización de las mejoras si éste no se hubiese dado de una manera expresa. Si el locatario aprueba las mejoras, pero se omite la cuantía de la elevación, parece justo que sea la autoridad judicial la que resuelva sobre la misma.

Cuando se ha impuesto la mayoría de los tres quintos, en caso de mejoras comunes los locatarios disidentes vendrán también obligados a abonar la cuantía del aumento convenido por los demás, en proporción a las rentas que satisfagan (art. 112.2). A los efectos de distribución de este aumento (lo mismo que para derrama por obras de reparación del art. 108), se reputará que el arrendador es inquilino o arrendatario de la vivienda o local que ocupe, así como de los desalquilados (art. 113).

Salvo estipulación escrita en contrario, las obras de mejora a que se refiere el artículo 112 quedarán en beneficio de la finca (art. 112.4).

V. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS AMUEBLADAS

Ha sido preocupación constante de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos que la congelación de la renta, o, en otras palabras, la renta legal no pudiese ser elevada arbitrariamente por el arrendador bajo pretexto de que entregaba al inquilino, además de la vivienda, mobiliario para su instalación en la misma.

El artículo 43 preceptúa: «El *contrato* por el que se arrienden *conjuntamente* la vivienda y el mobiliario adecuado y suficiente para servir de casa-habitación se regirá por los preceptos de los artículos siguientes y en todo lo demás por los generales de esta ley.» Parece, pues, que se trata de un único contrato de *arrendamiento* que recae sobre la vivienda y sobre el mobiliario y que habrá de excluir la aplicación de las normas sobre el arrendamiento de viviendas amuebladas cuando estemos en presencia de un contrato de arrendamiento de vivienda y otro contrato de arrendamiento de mobiliario. Entonces regirán las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el primero y las del Código civil sobre el arrendamiento de cosas para el segundo. Pero creemos que la ley viene a imponer las exigencias consignadas en los artículos citados en todos los supuestos en que, *a la vez*, pase el arrendatario la cesión de una vivienda y el mobiliario, siempre que, en razón de éste, se impongan una merced superior a la legal.

En los contratos de esta clase se determinará separadamente *la parte* de renta correspondiente a la vivienda y mobiliario. En su defecto, se entenderá que corresponde a éste la mitad de la renta total estipulada (art. 44.1). *La parte* de renta relativa al mobiliario no podrá exceder del importe de la renta que legalmente corresponda a la vivienda. Si excediere, el inquilino, mientras continúe vigente el arriendo, podrá pedir la revisión de la renta pactada o la novación del contrato, dejándolo subsistente sólo respecto de la vivienda, así como el reintegro de las cantidades que indebidamente hubiere abonado al arrendador por tal concepto (art. 44.2)[3].

Cualquier aumento o disminución de la renta de la vivienda no repercutirá directamente en el aumento o reducción de la renta del mobiliario. Lo que ocurrirá que variará el tope de esta última.

La acción para exigir lo indebidamente abonado no vemos inconveniente, como dirigida a la entrega de una cantidad indebidamente pagada, que se ejercite sola después de haber dejado de estar en vigor el contrato. Desde luego, durante su vigencia podrá ejercitarse junto con la que elija el arrendatario entre las otras dos (revisión de la renta o novación del contrato).

[3] Téngase en cuenta que se arrastra en la ley de 1964 el antiguo sistema de congelación de renta (por ello se menciona a la renta *legal* de la vivienda). Pero en la actualidad hay que estar al doble régimen existente en la materia, según que se trate de contratos subsistentes a la entrada en vigor de la ley de 1964 y para los concertados con posterioridad, en que rige el principio de la estipulación libre de rentas.

No fija la Ley plazo de ejercicio para estas últimas. La aplicación del procedimiento analógico, permitido por el artículo 8.°, hace posible la remisión al artículo 106. La acción restitutoria de lo indebidamente pagado tendrá el plazo de prescripción general de quince años (art. 1.964 C.c.).

El artículo 45 reconoce otra acción al inquilino: la de exigir, en caso de que el mobiliario fuere insuficiente o inadecuado, al arrendador el complemento de aquél y el reintegro de las cantidades que indebidamente le hubiere abonado por dicha causa. Pero ha de ejercitarla *mientras subsista el contrato*. Esta limitación temporal parece que ha de referirse únicamente a la entrega de mobiliario suficiente o adecuado, no a las cantidades indebidamente satisfechas por un mobiliario que no reúne estas características, exigidas legalmente por el artículo 43. Teniendo en cuenta razones de analogía, el plazo para el ejercicio de la primera acción debe ser el de tres meses, ya que es el mismo que para supuesto análogo (subarrendatario al que no se le ha entregado mobiliario suficiente o adecuado) señala el artículo 13.4.

En las viviendas amuebladas no cabe el subarriendo, ni total ni parcial, ni aun con consentimiento del arrendador. Faltando éste, se le autoriza a ejercitar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento. Si existe, el subarrendatario puede pedir que se resuelva el contrato de inquilinato y se otorgue a su favor otro idéntico (art. 46).

VI. CAUSAS DE RESOLUCION DE LOS CONTRATOS SOMETIDOS A LA L.A.U.

A) A INSTANCIAS DEL ARRENDADOR

El arrendador podrá pedir la resolución del contrato de arrendamiento, lo sea de vivienda o de local de negocio, por alguna de las siguientes causas (art. 118).

1.° La falta de pago de la renta o de las cantidades a ella asimiladas. La reclamación de los alquileres vencidos no es incompatible con el ejercicio de la acción de desahucio, que tiende a que el arrendador recupere la posesión de la cosa arrendada con el consiguiente lanzamiento del incumplidor, por lo que ejercitada una de ellas, no cabe entender que se ha renunciado al ejercicio de la otra. Pero si no existe incompatibilidad sustancial entre estas dos acciones, emanadas de un mismo título y de un único acto de incumplimiento, procesalmente no cabe hacer efectivos aquellos débitos en el juicio de desahucio, por su naturaleza sumaria y limitada (S de 7 de diciembre de 1963).

También es doctrina jurisprudencial reiterada que, pese a la sentencia que resuelve el contrato, el arrendatario está obligado al pago de la renta mientras siga ocupando el local.

No obstante, conviene advertir sobre la posición ventajosa del arrendatario cuando el arrendador insta la resolución por causa de impago de la renta, porque puede enervar la acción si en cualquier momento anterior a ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso, paga al actor o pone a disposición del Juzgado el importe de las cantidades debidas. Es más, la propia sentencia carece de una firmeza decisiva, ya que en determinados supuestos (arrendamiento de viviendas y de locales de negocio, cuando la renta de éstos no exceda de 12.000 pesetas anuales) podrá hacerla inefectiva el inquilino o arrendatario mediante el pago de las rentas debidas y de otras cantidades suplementarias que se mencionan en el artículo 147.2.ª

2.ª El haberse subarrendado la vivienda o el local de negocio, o la tenencia de huéspedes, de modo distinto al autorizado legalmente. Cabe la acumulación de esta acción resolutoria a cualquier otra de las previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos, excepción hecha de la causa 1.ª. Así v.gr., la fundamentada en el hecho de transferencia total del uso del local de negocio a un tercero, hecho dudoso en cuanto a su calificación como subarriendo total o como traspaso, por lo que se actúan las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114.

3.ª Cuando en el supuesto previsto en el artículo 21, o en los subarriendos parciales de vivienda, aunque se hubiesen celebrado éstos con autorización expresa y escrita del arrendador, perciba el subarrendador rentas superiores a las que autoriza la presente ley.

4.ª Cuando el subarrendatario haya a su vez subarrendado o cedido su contrato, salvo lo dispuesto en el artículo 27, y requerido el subarrendador por el arrendador, dentro de los dos meses siguientes, aquél no hubiese ejercitado la acción resolutoria contra el subarrendatario.

5.ª La cesión de la vivienda o el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado.

6.ª La transformación de la vivienda en local de negocio, o viceversa, o el incumplimiento por el adquirente en traspaso de la obligación que le impone el número 2.° del artículo 32.

Aquella transformación se entiende que es la unilateral, no la convenida con el arrendador, que se permite (art. 8.° Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985).

7.ª Cuando el inquilino o arrendatario o quienes con él convivan causen *dolosamente* daños en la finca o cuando lleven a cabo, *sin el consentimiento* del arrendador, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local de negocio, o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción.

Es indiferente para la aplicación de esta causa resolutoria que las obras beneficien o perjudiquen el destino del objeto arrendado.

El inquilino puede, no obstante la prohibición legal, realizar obras, si se previene contra la acción resolutoria del arrendador entregando o poniendo a disposición de éste, antes de iniciar las obras, la cantidad necesaria para volver la *vivienda* a su primitivo estado. Pero, a pesar de ello, procederá la resolución si aquéllas debilitan la naturaleza o resistencia de los materiales empleados en la construcción de la finca y su cuantía excede del importe de tres mensualidades de renta.

Tampoco procederá la causa resolutoria si la autoridad competente es la que ordena (al arrendador o al arrendatario) la realización de obras que pueden llevar consigo una modificación del objeto arrendado.

El inquilino o arrendatario pueden realizar obras en el local o vivienda arrendado de mejora de instalaciones o servicios, o de adaptación a sus necesidades. Los conflictos que puedan surgir entre el arrendatario o inquilino y el arrendador al negarse éste a conceder autorización para la realización de obras, negativa que afecta a los intereses del inquilino o arrendatario, son resueltos por la autoridad judicial, a la que se recurrirá para obtener de ella la autorización para llevarlas a cabo.

De todas formas, el arrendatario está implícitamente autorizado para efectuar las obras a fin de adoptar el local arrendado a la finalidad para la que se arrienda (S. de 30 de noviembre de 1973). Si en el contrato se le ha autorizado a hacer obras, no significa que pueda realizarlas durante toda la vida del contrato, sino para su instalación y todo lo más en tiempo inmediato a la vigencia del contrato (S. de 25 de junio de 1979).

Es reiterada la jurisprudencia de que el conocimiento de las obras por el arrendador no significa consentimiento.

8.ª Cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres. Pero la Ley de Arrendamientos Urbanos exceptúa de la resolución por *notoria incomodidad* tres casos taxativos (vid. art. 114.8.ª) en aras de los intereses generales.

Esta acción podrá ejercitarse por el *arrendador* a su iniciativa o a la de *cualquiera* de los inquilinos o arrendatarios. Pero deberá ejercitarla obligatoriamente cuando lo soliciten la mayoría de los inquilinos o arrendatarios de la finca, y si se desestima y es condenado el arrendador en costas, le asistirá el derecho de repetir contra aquellos inquilinos o arrendatarios que le hubiesen requerido para el ejercicio de dicha acción.

9.ª La expropiación forzosa del inmueble, dispuesta por autoridad competente, según resolución que no dé lugar a ulterior recurso, regulándose el lanzamiento y la indemnización a pagar a inquilinos o arrendatarios.

10.ª La declaración de ruina de la finca, acordada por la resolución que no dé lugar a recurso y en expediente contradictorio tramitado ante la autoridad municipal, en el cual hubieren sido citados al tiempo de su iniciación todos los inquilinos y arrendatarios. Cuando el peligro de ruina se declare inminentemente por la autoridad competente, aunque la resolución no fuere firme, podrá disponer la gubernativa que la finca sea desalojada.

11.ª Por no cumplirse los requisitos o no reunirse las circunstancias exigidas en el capítulo 7.° para la prórroga del contrato o por concurrir alguna de las causas de denegación de la misma señaladas en el artículo 62.

12.ª En los casos de extinción de usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior *fueron* notoriamente gravosas para la propiedad.

B) A instancias del arrendatario

El artículo 115 regula las siguientes causas por las que el arrendatario puede solicitar la resolución del contrato:

1.ª Las perturbaciones de hecho o de derecho que en la vivienda o local de negocio arrendado o en las cosas de uso necesario y común en la finca *realice el arrendador,* ello sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

2.ª Por no efectuar el arrendador las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o el local de negocio, sus instalaciones o servicios o las cosas de uso necesario o común en la finca en estado de servir para lo pactado en el contrato.

3.ª La falta de prestación por el arrendador de los servicios propios de la vivienda o local de negocio, ya aparezcan precisadas en el contrato, ya resulten de las instalaciones con que cuente la finca.

En el artículo 116 se conceden al arrendatario las siguientes opciones: dar por terminado el contrato o exigir que cese la perturbación, que se ejecuten las reparaciones o que se presten los servicios o suministros y, en cualquier caso, tendrá derecho a las indemnizaciones por el arrendador que en el referido artículo 115 se fijan, sin que en ningún caso el derecho al percibo de las mismas le eximirá de la obligación de pagar la renta y las cantidades que, conforme a esta ley, se asimilan a ella.

C) Carácter taxativo de las causas de resolución

Es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial en este sentido (S. de 11 de marzo de 1977). Pero hay que tener en cuenta que la resolución del contrato puede fundamentarse en los artículos 114 y 115, *o bien en otros preceptos de la ley* que reconozcan expresamente la posibilidad de la resolución.

También es reiterada la doctrina jurisprudencial en orden a la afirmación del carácter restrictivo que debe presidir la interpretación de las causas de resolución.

D) Plazo de prescripción

Cuando no lo tengan señalado en la Ley de Arrendamientos Urbanos (y no sea posible aplicar la analogía en base al art. 8.°) regirá el general de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código civil.

E) Resolución por pérdida o destrucción

El artículo 118 reconoce esta causa como apta para solicitar la resolución de los contratos. Se equipara a la destrucción del siniestro que para la reconstrucción de la vivienda o local de negocio haga preciso la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 por 100 de su *valor real* al tiempo de ocurrir aquél, sin que para esta valoración se tenga en cuenta la del suelo.

VII. SUSPENSION DE LOS CONTRATOS SOMETIDOS A LA L.A.U.

El artículo 119 fija la siguiente causa de suspensión: «Cuando la autoridad competente disponga la ejecución de obras que impidan que la finca siga habitada, todos los contratos a que se refiere este capítulo se reputarán en suspenso por el tiempo que duran aquéllas, quedando, asimismo, suspendida por igual período de tiempo la obligación de pago de rentas».

Con defectuosa sistemática, el artículo 116 ya recogió otra causa de suspensión del contrato de arrendamiento: cuando en la vivienda o local de negocio el arrendador realice perturbaciones que sean consecuencia de obras encaminadas precisamente a aumentar el número de viviendas con que cuenta la finca, *los inquilinos o arrendatarios no tendrán derecho a abono de indemnización alguna, pero sí a dejar en suspenso sus respectivos contratos, con los efectos establecidos en el artículo 119.*

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

La del capítulo anterior, y:

Bonet Correa: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada,* Pamplona, 1978; Díez-Picazo: *Protección registral del derecho de retorno,* A. D. C., 1961, p. 589; Menéndez: *El derecho de retorno arrendaticio y los problemas que suscita,* R. C. D. I., 1977, p. 437.

27. LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

I. INTRODUCCION

Aunque el esquema contractual de la *locatio-conductio* no se ideó de manera especial para regular la explotación de la tierra por los no propietarios, que requiere unas relaciones jurídicas de carácter duradero en que sea posible insertar obligaciones especiales sobre el destino agrícola de los fundos y su mejora, una tradicción, que procede seguramente del comienzo del capitalismo liberal, sitúa las relaciones entre propietarios absentistas y cultivadores de la tierra bajo la órbita de los arrendamientos. Hasta el indicado momento, cuando la tierra no era explotada directamente por sus propietarios, con el empleo de trabajo asalariado o con la colaboración de aparceros, se convertía en objeto de cesión, normalmente por plazos largos mediante la constitución de derechos de naturaleza real (enfiteusis, foros, etc.). Con el advenimiento del capitalismo estos derechos fueron considerados como vínculos señoriales, restos del Derecho feudal, por lo que se les proscribió para preservar el sacrosanto principio de libertad de la propiedad de modo que, paulatinamente, el contrato de arrendamiento se erigió en Derecho común de la cesión de tierras de carácter agrícola. Respondía ello, sin duda, a la conveniencia de los propietarios, quienes, una vez transcurrido el plazo no muy largo del arrendamiento, podían a través de la cómoda y expedita vía del desahucio recuperar sus tierras y exigir nuevos contratos con nuevas condiciones económicas, lo que cuando se realizaba masivamente planteaba graves problemas sociales. Por ello, desde hacía tiempo se había venido sintiendo en nuestro país la necesidad de dotar a los arrendamientos de una adecuada protección jurídica. Se equivocaría, sin embargo, quien tras lo hasta aquí dicho pensara en el arrendatario rústico como un menesteroso trabajador del campo. En el arrendamiento rústico, el arrendatario es muchas veces un empresario agrícola —grande o mediano— que, con una finca ajena, capital propio y sirviéndose del trabajo que necesita, organiza la producción agraria. No todos los arrendamientos rústicos pueden situarse bajo una misma órbita económica. En las fincas grandes y en las medianas, el arrendatario responde al esquema que se acaba de apuntar. A su lado, sin embargo, aparece otro tipo de arrendamiento caracterizado por la menor extensión de las fincas de que es objeto, la dedicación personal del arrendatario y su familia al trabajo agrícola y lógicamente la menor cuantía de la renta.

Hasta la Segunda República, los arrendamientos rústicos estuvieron sometidos al imperio del Código civil, al dominio de la libertad contractual y, por consiguiente, al juego fatal de los plazos estipulados. Fracasado el ensayo de reforma agraria que se intentó en 1932, en el bienio radical-cedista se inicia una evolución del Derecho Agrario hacia la introducción de una legislación especial de arrendamientos rústicos, que finalmente se llevó a cabo por Ley

de 15 de marzo de 1935. Esta legislación quedó subsistente después de la guerra civil. En aquel período fue complementada con otras disposiciones, todas ellas refundidas en el Reglamento, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959.

La política que en esos años se siguió fue la de prorrogar sucesivamente la duración de los contratos con el fin de dotar de estabilidad a los arrendatarios, introducir a su favor un sistema de estabilización de la renta por la vía de su mensuración en trigo cuya variación en el precio fijado por el Estado repercutía en la renta pactada, y una serie de derechos de adquisición que facilitaban teóricamente el acceso a la propiedad.

En los últimos años la legislación de arrendamientos rústicos ha experimentado una profunda renovación que ha plasmado en la Ley de 31 de diciembre de 1980. Este ley deroga expresamente todas las disposiciones legales anteriores, así como sus reglamentos y cuantas normas se opongan a ella.

II. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 31 DE DICIEMBRE DE 1980: CARACTER DE SUS NORMAS Y AMBITO TERRITORIAL DE APLICACION

Por su carácter eminentemente protector, la legislación de arrendamientos rústicos es fundamentalmente imperativa. No se permite al arrendatario la renuncia anticipada a los beneficios de la misma. En este sentido, establece el artículo 11 que sólo serán renunciables los derechos del arrendatario desde el momento en que puedan ser ejercitados, siempre que la renuncia conste en documento público. En cambio, los derechos del arrendador son renunciables con arreglo a las normas ordinarias.

Por otra parte, el artículo 9.° dispone que son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendamiento las normas de la presente ley, salvo los casos en que ésta expresamente lo autorice. Tampoco pueden imponerse al arrendatario condiciones o prestaciones diferentes de las que le son propias conforme a lo establecido en esta Ley, ni gastos por reparaciones u otros conceptos que por Ley no le corresponden.

Asimismo se consagra que el arrendatario tiene derecho a determinar el tipo de cultivo, sin perjuicio de su obligación de devolver la finca, al terminar el arriendo, en el estado en que la recibió y de lo dispuesto sobre mejoras en la presente Ley. Son nulos los pactos que impongan al arrendatario cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos, salvo que tengan por fin evitar que la tierra sea esquilmada o sean consecuencia de disposiciones legales o reglamentarias (art. 10.1).

Cuando la determinación del tipo o sistema de cultivo implique transformación del destino sólo podrá hacerse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 (10.2). Es decir, es tratado el supuesto como una mejora.

La L. A. R. se aplica, en virtud de su Disposición Adicional 1.ª, en todo el territorio nacional, sin perjuicio de:

a) La aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales, en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto, es decir, normas que incidan sobre las materias reguladas por la L. A. R.

b) La conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho civil relativas a las materias reguladas en esta Ley, pues es competencia exclusiva de las mismas lo relativo a su Derecho civil (art. 149.1.8.ª de la Constitución de 1978).

La L. A. R. tampoco se aplica a los bienes comunales, los de propios de las Corporaciones Locales y los montes vecinales en mano común (Disp. Adic. 4.ª).

III. CONTRATOS SOMETIDOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

El artículo 1.° L. A. R. preceptúa la sujeción a sus preceptos de todos los contratos de arrendamientos rústicos, considerando como tales aquellos en que se ceden una o varias fincas de un modo temporal para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de un precio o renta.

Según el artículo 2.°, no perderán su naturaleza tales contratos aunque concurran cualquiera de estas circunstancias:

1.° Recibir de las partes una denominación distinta de la de arrendamiento.

2.° Incluir, además de las tierras, edificaciones, instrumentos y otros elementos destinados a la explotación.

De acuerdo con el texto legal, lo mismo pueden incluirse todos los elementos adecuados para la explotación que parte de ellos. Por otra parte, se refiere, cuando habla de inclusión, a que la renta o precio abarque tanto el goce de la finca cedida como aquellos elementos.

3.° Consistir el precio en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento o, en todo o en parte, en la mejora o transformación del fondo.

Una misma finca puede ser susceptible de diversos arrendamientos simultáneos cuando cada uno tenga como objeto distintos aprovechamientos, *compatibles y principales.* Salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca para su aprovechamiento agrícola o ganadero no se considerarán incluidos los aprovechamientos de otra naturaleza, como la caza o los aprovechamientos forestales (art. 3.°).

No se considerarán arrendamientos rústicos los de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos o, en general, de los de realización de alguna faena agrícola *claramente individualizada,* aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento singular (art. 5.°).

El artículo 4.° L. A. R. dispone que los contratos en cuya virtud el dueño del suelo cede, contra un canon o participación fija o variable, su suelo por

un tiempo superior a doce años para plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales, se regirán por las normas de Derecho común, y en particular, con las variaciones en su caso pertinentes en los territorios de Derecho especial (o foral), por las del artículo 1.656 del Código civil. Cuando después de terminado el plazo contractual el usuario continúe en el aprovechamiento de la finca con consentimiento del cedente, se considerará establecido un arrendamiento por seis años con posibles tácitas reconducciones por períodos de tres años. La renta, en defecto de acuerdo de las partes, se determinará por las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, salvo que los interesados planteen la contienda judicialmente.

Obsérvese que el arrendatario carece del derecho de prórroga legal. Rige el sistema de la tácita reconducción del Código civil, si bien con la variación de plazo (art. 1.566).

La fórmula que utiliza el artículo 1.° L. A. R. —aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal— es omnicomprensiva, y significa que la L. A. R. pretende ser el Derecho común de los arrendamientos de fincas rústicas. Por ello, el cuadro tiene que completarse con una serie de excepciones y exclusiones. Y así en virtud de lo ordenado por el artículo 6.°, se excluyen de la L. A. R. los siguientes contratos:

1. Los de arrendamientos entre parientes en línea directa o entre colaterales hasta el segundo grado, ya lo sean por consanguinidad, afinidad o adopción, *salvo que se otorguen por escrito con sumisión expresa a la L. A. R.*

Al no determinar nada la Ley sobre el momento de este otorgamiento, lo mismo puede tener lugar antes o después de concertado, pero en este segundo caso lo que habrá es una extinción del arrendamiento sujeto al Derecho común. El otorgamiento no tiene efectos retroactivos.

2. Los celebrados entre copartícipes o sus cónyuges, sobre fincas total o parcialmente pertenecientes a la *herencia indivisa*, con la misma salvedad que en el supuesto anterior.

3. La cesión de aprovechamiento de tierras a cambio de servicios prestados fuera de ellas.

4. Los arrendamientos que *por su índole* sean sólo de temporada, inferior al año agrícola.

5. Los arrendamientos de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario para la siembra a la que específicamente se refiera el contrato.

La tierra ha de ser labrada *por cuenta* del propietario (entiéndase arrendador), no necesariamente por él, y ha de sembrarse un cultivo específicamente determinado en el contrato. De ahí que este arrendamiento, para ser excluido, debe durar el ciclo de aquél.

Ante la posibilidad de que se utilice esta norma para la exclusión de los arrendamientos rústicos de la L. A. R., deben estimarse no comprendidos en la excepción los contratos que obliguen para el futuro al propietario a labrar y preparar la tierra y al arrendatario a la siembra de cultivos determinados, una vez acabado el ciclo productivo de los mismos.

6. Los que tenga por objeto fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social, en los términos que disponga la legislación especial.

Habrá de estarse, por tanto, a dicha legislación especial para determinar si la exclusión es total o parcial.

7. Los que tengan cualquiera de estos objetos:

a) Aprovechamiento de rastrojeras, pastos secundarios, plataneras, montaneras y, en general, aprovechamientos *secundarios* distintos siempre de los principales y *compatibles* con éstos.

b) Aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar barbechos.

c) La caza.

d) Explotaciones ganaderas de *tipo industrial,* o locales o terrenos dedicados *exclusivamente* a la estabulación del ganado.

Además de los contratos anteriores mencionados, el artículo 7.° L. A. R. dice que no se aplicarán las normas de la misma a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o *posteriormente,* fincas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado.

2.ª Ser *accesorias* de edificios o explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

No basta, pues, la accesoriedad de la finca, sino que el rendimiento que se obtenga por la explotación o edificio sea notoriamente superior al rústico. Por otra parte, la Ley no señala ningún criterio para calificar el requisito de la accesoriedad.

3.ª Tener, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor *en venta* superior al doble del precio que normalmente corresponda en la zona o comarca a las de su misma calidad o cultivo.

La exclusión de la L. A. R. significa que estos arrendamientos se rigen por Derecho común. Pero como cualquiera de las circunstancias expuestas puede darse durante la vigencia de un contrato sujeto a la L. A. R., el apartado 2 del artículo 7.° dice que «el arrendador podrá poner término al arrendamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 83». No hay, por tanto, una exclusión total de los preceptos de la L. A. R., sino concesión al arrendador de una facultad de extinción del contrato, cumpliendo las obligaciones que en el precepto últimamente citado se detallan, que se suscitan básicamente en el pago al arrendatario de una fuerte indemnización, cuyo cómputo ha de hacerse con las reglas que se fijan al efecto, y además en el edificar, establecer instalaciones industriales o destinar la tierra a cualquier obra o actividad no agraria, según que se den las dos primeras circunstancias del artículo 7.° o la tercera, respectivamente.

Si las circunstancias del artículo 7.° concurren solamente en una parte de

la finca arrendada, el arrendatario podrá pedir judicialmente una reducción del objeto del contrato con la consiguiente reducción de renta, limitándose en este caso las indemnizaciones a la parte de la finca en que cese el arrendamiento (art. 83.5).

IV. CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RUSTICO. EL PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA Y EL CULTIVADOR DIRECTO. LIMITES AL ARRENDAMIENTO

El artículo 12.1., consecuente con las fuertes limitaciones que impone la L. A. R. al arrendedor, dice que «para dar fincas rústicas en arrendamientos sujetos a esta ley se exige la misma capacidad para enajenarlas». El arrendamiento rústico sujeto a la L. A. R. pasa a ser un acto de gravamen.

Sin embargo, la L. A. R. no es coherente con esta naturaleza que le asigna al arrendamiento, pues permite:

a) A los padres o tutores, que den en arrendamiento fincas de los menores sujetos a su patria potestad o tutela por término no superior al que les falte para alcanzar la mayoría de edad, si bien serán improrrogables. Expirado el plazo de duración, el arrendatario tendrá derecho a continuar en la posesión hasta la recolección de la cosecha pertinente (art. 12.2).

b) A los usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan análogo derecho de goce sobre la finca, concertar arrendamientos, pero se resolverán al resolverse el derecho del arrendador, subsistiendo solamente hasta la terminación del año agrícola. También podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato (sin prórrogas legales por supuesto), cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario (art. 13).

Respecto de la capacidad para ser arrendatario, novedad importante de la L. A. R. es su artículo 14, apartado 1, a cuyo tenor «sólo pueden ser arrendatarios y, en su caso, subarrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura». El artículo 15 señala quiénes reúnen tal condición, si bien lo que ha de entenderse por profesional de la agricultura se especifica en relación con las personas físicas, pues en cuanto a las jurídicas les atribuye esta cualidad si cumplen determinadas condiciones.

Persona física profesional de la agricultura es la que en plenitud de sus derechos civiles o emancipado o habilitado de edad, se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente (no exclusiva, por tanto) a actividades de carácter agrario y se ocupe de «manera efectiva y directa» de la explotación. En las actividades de carácter agrario deben comprenderse las ganaderas o forestales, puesto que el contrato de arrendamiento rústico, según el artículo 1.° L. A. R., pueden tener objeto los citados aprovechamientos.

Gozan de la cualidad de profesionales de la agricultura:

a) Las asociaciones agrarias que se enumeran en el artículo 15.*b)* «en la forma que reglamentariamente se determine».

b) El Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), u organismos similares de las Comunidades Autónomas, con la finalidad de subarrendar a los profesionales de la agricultura y asociaciones agrarias anteriores. Sólo excepcionalmente podrá el IRYDA retener fincas como arrendatario.

c) Las Entidades públicas, Sociedades estatales u Organismos autónomos que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación de fincas rústicas.

d) Las sociedades en las que las participaciones o acciones de sus socios sean nominativas y tengan por *exclusivo* objeto, conforme a sus estatutos, la explotación agrícola, ganadera o forestal y, *eventualmente*, la comercialización e industrialización de los *productos obtenidos*. Cualquier variación del objeto o ampliación de actividades sociales fuera de las enumeradas privará a la sociedad de su condición de profesional de la agricultura.

Junto al profesional de la agricultura aparece en el artículo 16 otro arrendatario que es el «cultivador personal». Tiene en todo caso aquella condición, y se califica así a quien «lleve la explotación por sí, o con la ayuda de familiares que con él conviven, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente, por exigencias estacionales de la producción agraria. No se perderá la condición de cultivador personal, aunque se utilicen uno o dos asalariados, en caso de enfermedad *sobrevenida* o de otra justa causa que impida *continuar* el cultivo personal».

El profesional de la agricultura ha de ocuparse de «manera efectiva y directa» de la explotación, lo que significa la asunción de sus riesgos y dirección personal, pero no se le exige la realización del trabajo personal o ayudado básicamente por los familiares.

Si el arrendamiento rústico se ha concertado con un no profesional, el arrendador tiene la facultad de pedir su resolución por interés social. Si el IRYDA lo requiere al efecto y en el plazo de treinta días no hace uso de aquel derecho, dicho Instituto tendrá la facultad de arrendar la finca, abonando como renta la usual en la comarca. Lo mismo sucederá si el arrendatario pierde aquella condición durante la vigencia del contrato, salvo que la recupere antes de que el arrendador o el IRYDA hagan uso de sus derecho (arts. 17 y 19.1).

Novedad importante también de la L. A. R. es la limitación de la superficie que se puede arrendar por las personas físicas y las sociedades que, como aquéllas, sean profesionales de la agricultura cuando son ya titulares de una explotación agraria o de varias. En el artículo 18 se fija el límite máximo de quinientas hectáreas de secano o cincuenta de regadío, computándose en caso de fincas mixtas cada hectárea de regadío por diez de secano y cada dos hectáreas de terreno forestal o ganadero por una de secano; si las fincas arrendadas incluyen superficies incultas, calificadas catastralmente como criales, matorrales y monte bajo, no se computarán; cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo el límite será de mil hectáreas. Por debajo de

ese límite máximo, el Ministerio de Agricultura o los Organismos competentes de las Comunidades Autónomas pueden fijar otros en las distintas comarcas del país.

Las limitaciones expuestas no rigen respecto del IRYDA y organismos similares de las Comunidades Autónomas, Entidades públicas, Sociedades estatales u Organismos autónomos que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación de fincas rústicas.

Las asociaciones agrarias que se enumeran en el artículo 15.*b)* tienen también limitaciones para arrendar, pero se fijan reglamentariamente en función de las características que posean.

> Como el que pretenda el arrendamiento puede ser titular de una o varias explotaciones agrarias, hay que sumar las hectáreas que tiene para ver lo que puede arrendar hasta llegar al límite máximo que se permite. El Proyecto de Ley de A. R. contemplaba al arrendatario como titular de esa o esas explotaciones, y en la discusión parlamentaria se hizo ver el privilegio que suponía para el propietario que explotaba, pues para él no rezaba el límite. De ahí que en lugar del que ya es arrendatario, se hable de «titulares» para comprender cualquier otro título jurídico y no sólo el arrendamiento.
>
> Las mismas limitaciones tienen las sociedades profesionales de la agricultura. Pero a cada socio individualmente se le imputa el número de hectáreas que resulte de aplicar a la superficie total arrendada por la sociedad el porcentaje de participación de aquél en el capital social.

Si, durante el arrendamiento, el arrendatario arrendare explotaciones que sobrepasen los límites permitidos, el arrendador o el IRYDA tienen las mismas facultades que con anterioridad hemos visto a propósito del arrendamiento concertado con un no profesional de la agricultura, a menos que antes del ejercicio de las mismas las tierras que pueda explotar el arrendatario queden reducidas a los límites legales (art. 19).

Como excepción, permite el artículo 18.7 que pueda una misma persona tomar en arriendo, previa autorización del IRYDA, una finca cuya superficie sea superior a los límites legales, siempre que constituya una unidad de explotación cuya división menoscabe sustancialmente su rentabilidad [1].

La sanción por el incumplimiento de los límites es la facultad de resolución del contrato que se le otorga al arrendador (art. 76.3.°) con el desahucio pertinente, que corresponderá a cualquier arrendador si hubiese más de uno y afectará a la finca (o fincas) entera y no sólo al exceso, siendo, en su caso, preferido el arrendador que primero entable la demanda (art. 77).

V. FORMA DEL CONTRATO

El principio básico es el de la libertad de forma. Pero la Administración

[1] En favor de la industria papelera u otros aprovechamientos forestales, vid. artículo 18.8 L. A. R.

competente establecerá, con las variaciones que para cada comarca se determinen, contratos-tipos para su formalización por escrito, y en ellos se harán constar los derechos y deberes de las partes, que podrán incorporar al mismo tiempo los pactos y condiciones particulares que no sean contrarios a lo dispuesto en esta Ley (art. 20). La Orden de 1 de diciembre de 1981 aprobó un contrato-tipo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 L. A. R.

Las partes podrán compelerse recíprocamente al otorgamiento del contrato-tipo correspondiente, cuyo contenido se elevará a escritura pública a instancia de cualquiera de ellas, siendo de cuenta del que lo solicite todos los gastos que de ello se deriven (arts. 21 y 23).

Ahora bien, la existencia legal de un contrato-tipo no impide a las partes convenir cláusulas o, en general, un contenido del arrendamiento que se aparte del mismo. En primer lugar, porque no hay ninguna disposición que obligue a formalizarlo constitutivamente, el arrendamiento existe cualquiera que sea la forma de su celebración. En segundo lugar, porque el artículo 22.1 dice que «incumbe la carga de la prueba a quien invoque la existencia de estipulaciones que se aparten de las normas dispositivas o de las cláusulas que para los arrendamientos correspondientes estén establecidas en el contrato-tipo que corresponda utilizar en la comarca», lo que indica que son perfectamente válidas consten donde consten una vez que se pruebe su existencia.

Excepción al principio de libertad de forma son los arrendamientos de larga duración, que han de constar necesariamente por escrito (art. 28.2).

En relación con la forma, el artículo 22.2 señala que «cuando no constare el tiempo o precio convenidos, se presumirá que se concertó por la duración mínima fijada en el artículo 25 de la presente Ley y por el precio que se acostumbre en la comarca». Por otra parte, el artículo 22.3 sienta la presunción, salvo pacto en contrario, de que el arrendamiento lo es a renta fija, es decir, no parciario (del que nos ocuparemos en el capítulo dedicado a las aparcerías).

Disposición sumamente útil es la que contiene el artículo 21.2, al facultar a las partes para compelerse a la formalización de un inventario que describe el estado de la finca, de las edificaciones y demás bienes incluidos en el arrendamiento. El plazo para el ejercicio de esta facultad es todo el tiempo antes de que el arrendatario entre en posesión de la finca o dentro de los dos meses siguientes. Los gastos del inventario se pagarán por mitad.

Por último, se prevé la creación de un Registro Especial de Arrendamientos Rústicos (art. 24).

VI. DURACION

La L. A. R. regula esta materia (arts. 25-30) bajo la idea de estabilizar al máximo la situación del arrendatario. Para ello fija un plazo mínimo de duración del arriendo en seis años. A su terminación, el arrendatario tiene derecho a una primera prórroga de seis años, y después a otras sucesivas de tres años

cada una, no pudiendo exceder en ningún caso de quince años el total de las prórrogas legales. Se entiende que el arrendatario utiliza su derecho cuando al terminar el plazo contractual o el de cada una de sus prórrogas no renuncia a seguir en el arrendamiento, todo ello sin perjuicio de que pueda rescindir el contrato de arrendamiento al término de cada año agrícola, con un preaviso de seis meses.

Al arrendador se le reconoce el derecho de oponerse a cualquiera de las prórrogas siempre que se comprometa a cultivar directamente la finca durante seis años, por sí o por su cónyuge o para que la cultive alguno de sus descendientes mayores de dieciséis años en quien concurra o se proponga adquirir la condición de profesional de la agricultura. El incumplimiento de estas condiciones dará derecho al arrendatario a la reanudación del arriendo, sin computar el tiempo que hubiese durado la interrupción, y a una indemnización, en cuantía no inferior a un año de renta, por los daños y perjuicios que hubiese sufrido si la causa de incumplimiento no es justificada. Además de ello, conserva durante aquellos seis años los derechos de adquisición preferente que se reconocen al arrendatario rústico si la finca hubiese sido enajenada

La L. A. R. regula el arrendamiento rústico que llama de «larga duración». Este contrato se caracteriza porque el plazo contractual de duración no debe ser inferior a dieciocho años, careciendo el arrendatario del derecho a prórrogas legales, y ha de reconocerse a éste el derecho de hacer libremente las mejoras útiles, indemnizables al final del contrato. A su terminación, si el arrendador no recaba la finca para sí, se entenderá el contrato tácitamente prorrogado por tres años, y así sucesivamente, pudiéndose ejercitar, al término de cada prórroga el derecho de recuperación.

Al arrendatario se le debe notificar con un año de anticipación el deseo del arrendador de recuperar la finca, sin sujeción a ningún requisito o compromiso.

VII. RENTA

La renta ha de fijarse en dinero y será la que libremente estipulen las partes (art. 31). Se pagará por años, en la fecha pactada, y, en su defecto, con arreglo a la costumbre del lugar. Ese pago se realizará en el lugar y forma pactados, o en su defecto en la morada o casa del arrendatario (arts. 32 y 34).

Cuando se fije en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento, se dividirá por la duración pactada para determinar la cantidad que debe ser *pagada como renta anualmente* a los solos efectos de establecer el momento del pago (art. 32.2).

a) *Actualización.*—Es válido el pacto de actualización de la renta para cada anualidad, pero en función del índice anual de precios percibidos por el agricultor, establecido por el Ministerio de Agricultura para los productos agrícolas en general, o para alguno o algunos productos principales de que sea susceptible la finca (art. 38).

Cualquiera de las partes, ante la falta de acuerdo, podrá pedir al juez que añada al contrato la cláusula de actualización, salvo que la renta se fije en una cantidad alzada (arts. 38.2 y 39), excepto que haya pacto por escrito de actualizarla.

b) *Revisión.*—Transcurrido el primer año de la vigencia del contrato, cualquiera de las partes podrá pedir la revisión de la renta por ser ésta superior o inferior a la usual en el lugar para fincas análogas. No se tendrán en cuenta para ello los incrementos de producción debidos a la iniciativa del arrendatario o a las mejoras cuyo costo hubiera él anticipado (arts. 40-42). La revisión tiene efectos para los vencimientos posteriores a la demanda (art. 42).

Cabe también una revisión extraordinaria por lesión, si han cambiado las circunstancias que influyeron en la determinación de la renta, dando origen a aquella lesión superior al 15 por 100 de la renta justa. No obstante, si es el arrendador el que la solicita y si accede a ella, el arrendatario podrá optar por la cesación de la relación arrendaticia (art. 43).

c) *Reducción o exoneración.*—Procederá cuando por caso fortuito o fuerza mayor y tratándose de riesgos no asegurables ordinariamente, se perdieran antes de terminar las operaciones de recolección más de la mitad de los productos que ordinariamente produzca la finca (arts. 44 y 45).

La L. A. R. declara con carácter general que «cualquier menoscabo o deterioro de la finca que disminuya su productividad, aunque sea causado por obra permitida o impuesta al arrendador por la Ley, dará derecho al arrendatario para solicitar la reducción de la renta en proporción a la disminución y durante el tiempo que dure ésta, salvo en el caso de que el menoscabo o deterioro sea imputable a culpa o negligencia del arrendatario» (art. 46).

VIII. GASTOS Y MEJORAS

Una de las piezas esenciales de la L. A. R. es el régimen de gastos y mejoras que establece, abandonando las restricciones de libertad que tenía el arrendatario para mejorar la finca arrendada. Se fijan en los artículos 47 a 51 unos principios generales sobre la materia, y a continuación los regímenes específicos de los gastos necesarios, mejoras útiles y sociales y mejoras suntuarias (arts. 52 a 69).

Se preceptúa la obligación que tienen las dos partes contratantes de permitir la realización de las obras, reparaciones o mejoras que deba o pueda realizar cada una de ellas en la finca.

Al arrendador le incumben las obras, mejoras e inversiones que se le impongan por Ley o resolución judicial o administrativa sobre la finca, y al arrendatario las que se impongan al empresario agrario.

Se presume que las mejoras hechas en la tierra han sido realizadas por el arrendatario, salvo prueba en contrario.

A) Gastos necesarios

Bajo este epígrafe se regulan las obras y reparaciones necesarias para conservar la finca en el estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertarse el arrendamiento.

Tales obras han de ser hechas por el arrendador, sin derecho a elevación de renta. Si requerido el arrendador no las realizare, el arrendatario podrá compelerle a ello judicialmente, resolver el contrato, obtener una reducción de la renta proporcional a la de la productividad de la finca o realizarlas por su cuenta, reintegrándose con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo, siempre que en este último caso obtenga previo informe favorable del IRYDA sobre su necesidad e importe. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de los daños y perjuicios por incumplimiento.

No obstante, si se trata de reparaciones tan urgentes que no pudieran sin daño inminente o grave incomodidad esperarse al resultado del requerimiento, podrá realizarlas el arrendatario con el derecho al reintegro anterior, si obtiene la aprobación del IRYDA en cuanto a la necesidad e importe de las obras realizadas.

Cuando por causa de fuerza mayor la finca arrendada sufra daños no indemnizados cuya reparación tenga un coste superior al de una anualidad de renta, no estará obligado el arrendador a realizarlas, pero el arrendatario podrá optar por rescindir el contrato o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta a que hubiere lugar.

Las obras de reparación que tengan su origen en daño doloso o negligencia producido por el arrendatario o persona que trabajen en la finca bajo su dependencia serán de su cargo, sin perjuicio del derecho de resolución del contrato que asiste al arrendador.

B) Mejoras útiles y sociales

La L. A. R. distingue entre las mejoras útiles y sociales, aunque somete a ambas a un mismo régimen jurídico. Pero la distinción es necesaria, en tanto el arrendador está facultado para realizar las primeras y el arrendatario ambas.

Son mejoras útiles las obras *incorporadas* a la finca arrendada, que aumenten, de *modo duradero,* su producción, rentabilidad o valor agrario. Son mejoras de carácter social las que, quedando igualmente incorporadas a la finca, faciliten la prestación del trabajo en condiciones de mayor comodidad o dignidad o tengan por objeto la promoción de los trabajadores.

El arrendador puede por sí solo, con autorización del IRYDA, oído el arrendatario, realizar cualquier mejora útil, «siempre que no menoscabe por ella su rendimiento ni el uso agrícola a que ha sido destinada en el arrendamiento y sin perjuicio del derecho del arrendatario a la reducción de la renta mientras duren las obras y a la indemnización de los daños y perjuicios que se le causen» (art. 58.1).

Realizada la mejora, el arrendador tendrá derecho a una elevación de la renta en proporción a la mayor rentabilidad o productividad conseguida, según determine el IRYDA. Notificada la nueva renta, dentro de los tres meses siguientes el arrendatario tendrá derecho a su elección: *a)* a continuar en la relación arrendaticia, con la nueva renta: *b)* a que cese la misma; *c)* a restringir el arrendamiento a una parte de la finca que, teniendo en cuenta la nueva rentabilidad de la tierra, corresponde a la renta vigente antes de las obras, siempre que, a juicio del IRYDA, la tierra restante pueda ser objeto de explotación viable con independencia; *d)* a que cese, con la correspondiente reducción de renta, la relación arrendaticia respecto de todo o parte de la finca afectadas por la transformación de cultivos, siempre que a juicio del IRYDA se cumpla para la tierra restante la misma condición anterior.

Si el arrendatario elige la cesación en la relación arrendaticia en todo o en parte de la finca, podrá exigir del arrendador una indemnización equivalente a la que correspondería en caso de expropiación de la finca o parte de finca que devuelve. Este perturbador precepto impedirá de hecho que el arrendador haga mejoras útiles.

Si el arrendatario no comunica otra cosa al arrendedor dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la elevación de renta, se entiende que opta por continuar en el arrendamiento sujetándose a la nueva renta.

Respecto del arrendatario, el trato que recibe en la nueva Ley es de absoluta protección a sus intereses y a su voluntad. Le permite hacer mejoras útiles y sociales, bien con consentimiento del dueño, al que le ha de presentar el plan circunstanciado de las mismas, o, caso de oposición, con informe favorable del IRYDA, oído el arrendador. En ningún caso han de menoscabar el valor de la finca.

Al terminar *por cualquier causa* el arrendamiento, el arrendatario que ha mejorado puede optar: *a)* por retirar las mejoras, si la finca no sufriere deterioro; *b)* por exigir del arrendador que, a elección de éste, le compense el mayor valor que la finca tenga por las mejoras subsistentes, o el coste actual que supondría la realización de las que todavía subsistan en el estado que se encuentren.

Si el arrendatario elige el pago, la cantidad la determinan de común acuerdo él y el arrendador, y en su defecto la autoridad judicial, que también fijará la renta que correspondería a la finca mejorada. No cumpliendo el arrendador la obligación de pago, además de la reclamación judicial se permite al arrendatario que opte por la continuación del arrendamiento, teniendo la facultad de subarrendar cuando por razones excepcionales de fuerza mayor o impedimento físico u otras análogas no pueda atender a la explotación, y pagando la misma renta que se pactó en el contrato, con la actualización que corresponda. La diferencia que exista entre la renta que pague y la renta determina-

da para la finca como consecuencia de la mejora es cantidad que se aplicará a la compensación de lo que se le adeude.

Para proteger al arrendatario, se prohíbe que en el contrato se pacte la recuperación de la finca por el arrendador sin abonar mejoras, o cualquier otra cláusula que modifique los derechos reconocidos al arrendatario, salvo las que sean más ventajosas para él.

El arrendatario tiene respecto de las cantidades que haya de pagarle el arrendador la condición de acreedor singularmente privilegiado sobre la finca, equiparado a un acreedor refaccionario (art. 1.923.3.° y 5.° C. c.).

El arrendatario resarcirá al arrendador de la elevación de la contribución o de cualquier otro gasto o desembolso que le ocasione la realización por aquél de la mejora, en tanto no quede el gasto compensado con una mayor rentabilidad efectiva en favor del arrendador.

La parte que reciba subvenciones oficiales no podrá incluirlas en la cuenta de las mejoras.

Las mejoras útiles o sociales que vengan impuestas se regirán por lo dispuesto en la L. A. R., a salvo lo que establezca la Ley que imponga la mejora.

Tanto el arrendador como el arrendatario pueden participar en las mejoras promovidas o fomentadas por la Administración, aplicándose a las relaciones entre ellos lo establecido en la L. A. R. sobre mejoras.

C) Mejoras que supongan transformación de la finca por variar su destino productivo

Se regulan en el artículo 61 L. A. R., enumerando como ejemplos la puesta en regadío, roturación y otras semejantes.

Han de llevar consigo una inversión superior a nueve anualidades de renta.

Las puede realizar el arrendador, y si éste no lo hiciere después de requerido por el arrendatario, podrá éste acometerlas previa autorización del IRYDA, con tal que, a juicio de éste, se garantice la terminación de las obras en el plazo previsto.

Estas mejoras sólo se autorizarán si se aumenta, al menos y como consecuencia de ellas, en un 50 por 100 el valor agrario, y si se inician dentro del período contractual o en los primeros doce años de prórrogas.

Autorizadas por el IRYDA, quedará en suspenso durante nueve años y por una sola vez la facultad del arrendador de recuperar la finca por expiración del plazo contractual o de cada una de las prórrogas legales. Cuando por razones de fuerza mayor o impedimento físico u otras análogas el arrendatario no pudiere atender al cambio de explotación que la mejora trae consigo, podrá subarrendar a quien tenga aptitud legal para ello.

D) Mejoras suntuarias

La L. A. R. reconoce la facultad del arrendador y del arrendatario de realizar mejoras de mero lujo, adorno o recreo, siempre que no se perjudiquen los intereses de la otra parte.

Si el arrendatario las realiza, al finalizar el arrendamiento podrá retirar los adornos con que hubiere embellecido la finca (que no son más que una clase dentro del tipo general de mejoras suntuarias), si ésta no sufriera deterioro. El arrendador podrá en todo caso exigírselo.

IX. SUBARRIENDO, CESION Y SUBROGACION

La L. A. R. declara en el artículo 70 nulos los subarriendos o las cesiones, totales o parciales, de los derechos del arrendatario. Sin perjuicio de su nulidad, son causa además del desahucio, sin que puedan convalidarse por consentimiento del arrendador.

Las excepciones legales al principio general prohibitivo se especifican en el artículo 71, a cuyo tenor quedan autorizados sin necesidad del consentimiento del arrendatario:

a) El subarriendo entre labradores o ganaderos residentes en la comarca sobre fincas hasta entonces integradas en la explotación del arrendatario, siempre que se produzcan circunstancias extraordinarias ajenas a su voluntad que impidan *temporalmente* el cultivo de la finca. La renta del subarriendo no podrá exceder de la del arrendamiento, ni el plazo de tres años.

b) El subarriendo, en caso de mejoras, a que se refieren los artículos 61 y 62.

c) El subarriendo *de temporada* de la vivienda que sea *parte integrante de la finca rústica* y los subarriendos de aprovechamientos secundarios de la finca. Cuando lo percibido anualmente como renta por todos estos subarriendos exceda de la renta anual del arrendamiento, la mitad de dicho exceso la abonará el arrendatario al arrendador.

d) Los subarriendos pactados en favor del cónyuge o descendientes.

e) La cesión, incluso por precio, al IRYDA o a los organismos similares de las Comunidades Autónomas.

d) La aportación del uso y disfrute de la tierra a alguna de las asociaciones agrarias que tienen, conforme al artículo 15, letra *b),* la condición de profesional de la agricultura.

No obstante preceptuarse que estos subarriendos o cesiones no necesitan del consentimiento del arrendador y son plenamente válidos, el artículo 72 dice que «el cesionario o subarrendatario no podrá entrar en la posesión de la finca sin previa notificación fehaciente del arrendatario al arrendador de la cesión o subarriendo. La omisión de este requisito será causa de resolu-

ción del arrendamiento, salvo en el supuesto del apartado *c)* del artículo anterior».

Si las cesiones o subarriendos son nulos como principio general, el artículo 73 autoriza la subrogación en el contrato, siempre y cuando el arrendatario la haga a su cónyuge o a uno de sus descendientes si en él concurre el mismo carácter de profesional de la agricultura y, en su caso, de cultivador personal. Pero es requisito indispensable la notificación fehaciente hecha por subrogante y subrogado al arrendador.

Por último, el artículo 74 dice que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador», precepto pensado para el caso de que coincida la condición de arrendador con la de propietario de la finca, pero que hay que aplicar a aquellos otros en que es titular de un derecho de goce que le autorice a arrendar y se enajene.

X. ACCESO A LA PROPIEDAD

Los artículos 84 a 99 disciplinan el acceso a la propiedad por parte del arrendatario de la finca arrendada y sus diferentes formas.

Se reconoce la facultad de acceso a todo arrendatario. La adquisición de la propiedad, sin embargo, queda limitada por imperio de la ley, en tanto que hasta transcurridos seis años desde la fecha de la adquisición no puede, salvo que lo haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería.

Si la hipotecase, la acción del acreedor contra la finca no podrá ejercitarse hasta que no transcurra aquel plazo. La hipoteca, por tanto, no es nula.

El incumplimiento por el arrendatario de cualquiera de estas prohibiciones legales faculta al arrendador para recuperar la propiedad de la finca, resolviéndose el contrato que dio origen a la adquisición del arrendatario incumplidor, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados. Dado que son prohibiciones legales, serán oponibles a todo tercero, y por eso sufre estas últimas consecuencias.

El acceso a la propiedad tiene como presupuesto una enajenación *inter vivos* de la finca arrendada, de su nuda propiedad, de porción determinada o una porción indivisa de la misma, y las formas de acceso son:

a) *Tanteo y retracto.*—Para la hipótesis en que la enajenación tenga lugar por compraventa, el transmitente ha de notificar su propósito de enajenar al arrendatario, indicando condiciones, precio y el nombre y circunstancias del adquirente. Dentro de los sesenta días hábiles desde que hubiere recibido la notificación, podrá aquél adquirir la finca en el mismo precio y condiciones notificándoselo al arrendador de modo fehaciente. En defecto de notificación, el arrendatario tendrá el derecho de retracto (vid. art. 1.521 C. c.) durante sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido

conocimiento de la transmisión. Si ha existido notificación, el no ejercicio del derecho de tanteo facultará al oferente para enajenar la finca a la persona indicada.

b) *Derecho de adquisición preferente.*—Pese a que el tanteo y el retracto lo son obviamente, la L. A. R. menciona *además* como independiente de ambos a ese derecho (vid. art. 84.1). Dice el artículo 89 que «en los contratos de donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distinto de la compraventa, el arrendatario podrá ejercitar *su derecho de adquisición preferente* en la misma forma establecida para el tanteo y el retracto. Si del contrato no resultase el valor de la finca transmitida, deberá pagar el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa». Cabe dudar si más que un derecho de adquisición preferente nos encontramos aquí ante formas especiales de ejercicio del tanteo y retracto en supuestos en los que no hay precio para la transmisión como en la compraventa. Por otra parte, es difícil cumplir el precepto por lo que se refiere al tanteo en algunas ocasiones. ¿Cómo va a notificarse, por ejemplo, el precio de una permuta si su esencia consiste en cambio de cosa por cosa? Por otra parte, la expresión «si del contrato no resultase el valor de la finca...» es manifiestamente impropia en el ámbito del tanteo, en el que por definición no hay nunca contrato, sino intención de contratar. Mucho más sencillo hubiera sido el establecimiento de una obligación de vender impuesta al adquirente que no lo ha sido por compraventa (si se quería distinguir este contrato de los demás), que innovar conceptos ya acuñados y perfilados por la tradición jurídica.

Para mayor control del ejercicio de las facultades dispositivas del arrendador en beneficio de los derechos de acceso a la propiedad del arrendatario, se ordena en el artículo 91: «En toda escritura de enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar, bajo pena de falsedad, si la que es objeto de la misma se halla o no arrendada y, en este último supuesto, si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce el arrendador del artículo 26.1 de la presente Ley. Sin esta declaración no podrá inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad. Caso afirmativo, el fedatario no la autorizará sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se refieren los artículos anteriores».

La referencia al artículo 26.1 se explica por lo dispuesto en el inciso final del punto 2 del artículo 27. Al ex arrendatario, por tanto, hay que notificarle.

Para mayor protección del arrendatario, se establece en el artículo 91.2 la obligación de notificarle la escritura de enajenación de forma fehaciente, para que compruebe si las condiciones, precio o persona son las mismas que se le notificaron. Si no coinciden, o no se le hizo la notificación, «el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación». Para inscribir en el Registro

de Propiedad la adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, el artículo 91.3 exige la justificación de que se hizo la notificación anterior.

Los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente no proceden en los casos siguientes:

a') En las transmisiones a título gratuito, cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente o su cónyuge.

b') En la permuta de fincas rústicas, cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas a otra de cualquiera de los permutantes y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

Los derechos de tanteo, retracto y adquisición rústicos son preferentes respecto a cualquier otro, excepto el de colindantes del artículo 1.523 del Código civil, cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto del retracto como la colindante que lo fundamente.

Los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de veinte hectáreas en regadío o doscientas en secano en territorio nacional, no podrán ejercitar ninguno de los derechos de adquisición examinados, lo mismo que los que no sean profesionales de la agricultura.

El artículo 93 regula el acceso a la propiedad cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca bajo la idea de que no es necesario el ejercicio conjunto del derecho. Ha de tratarse de una finca ocupada por varios arrendatarios con superficies para cada uno, no de un supuesto de comunidad de arrendatarios o de arrendamiento en comunidad.

El artículo 95 admite el acceso en favor del arrendamiento del aprovechamiento principal cuando la finca de aprovechamientos diversos se ha cedido a varios arrendatarios.

El artículo 96 trata de finca de la que sólo una parte se ha arrendado, entendiéndose entonces limitado el acceso a esa parte.

c) Adquisición forzosa.—En el capítulo dedicado en la L. A. R. al acceso a la propiedad, se ocupan los artículos 98 y 99 de las siguientes situaciones bajo la rúbrica de «adquisición forzosa»:

1.° *Arrendamientos anteriores al Código civil.*—Al arrendatario que trae causa del que lo fuera a la entrada en vigor del Código civil, se le faculta para adquirir la finca, pagando al contado y en metálico su precio, que se determinará conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

2.° *Arrendamientos anteriores a 1 de agosto de 1942*[2].—Los contratos de arrendamiento anteriores a esa fecha que tuviesen pactada una renta en trigo no superior a cuarenta quintales métricos y el arrendatario cultivase directa y personalmente la finca, eran objeto de una especial protección en la legislación anterior a la vigente L. A. R., uno de cuyos puntos fueron las sucesivas

[2] Vid. regla 3.ª de la Disposición Transitoria Primera.

prórrogas legales que se vinieron concediendo. Si estos contratos siguen vigentes, al término de la prórroga legal que se halle en curso a la entrada en vigor de la Ley el arrendador podrá recabar la finca para cultivarla personalmente por sí o por alguno de sus herederos forzosos (vid. art. 807 C. c.), comprometiéndose en dicha forma de explotación durante seis años como plazo mínimo.

Si el arrendador no ejercita tal derecho, el arrendatario podrá adquirir la finca pagando en metálico y al contado su precio, determinado conforme a las normas de valoración de la legislación de expropiación forzosa, con la obligación igualmente de cultivarla personalmente como mínimo durante seis años.

El incumplimiento de la obligación de cultivo personal por el arrendador dará lugar a que el arrendatario ejercite su derecho de adquisición, además de reclamar los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Si el que incumple es el arrendatario, el arrendador podrá resolver la transmisión, recuperando la finca como libre, con derecho a indemnización de daños y perjuicios.

> Si el arrendatario no hiciere uso de su derecho de adquisición forzosa cuando el arrendador no ejercita el de recuperar la finca, el contrato queda sujeto, por el tiempo de duración de las prórrogas legales, al régimen normal establecido en esta Ley, especialmente por lo que respecta al derecho de recuperación que corresponde al arrendador por el artículo 26 (art. 99.6).

XI. TERMINACION DEL ARRENDAMIENTO

A) Resolución

El contrato de arrendamiento podrá resolverse a instancias del arrendador por las siguientes causas, que enumera el artículo 75:

1.ª Falta de pago de la renta.

2.ª Incumplir *gravemente* la obligación de mejora o transformación de la finca, si el arrendatario se hubiera comprometido a ello *en el contrato.*

3.ª No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla en todo o en parte a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el artículo 1.° L. A. R.

4.ª Subarrendar, ceder o subrogar, salvo en los casos y con los requisitos previstos en la L. A. R.

5.ª Causar *graves* daños a la finca, con *dolo o negligencia manifiesta* en los casos de plantaciones o aprovechamientos forestales regulados en el artículo 34 de la Ley 5/1977, de 4 de enero.

También puede el arrendador instar la resolución por *interés social* por las siguientes causas, recogidas en el artículo 76:

1.ª Perder el arrendatario la cualidad de profesional de la agricultura.

2.ª No reunir o perder la Entidad arrendataria las características a que se refiere el artículo 15, apartados *b)* a *e),* de la L. A. R.

3.ª Excederse el arrendatario de los límites que impone el artículo 18.

En relación con esta causa, dispone el artículo 77 que la acción de desahucio corresponderá a cualquier arrendador si hubiere más de uno, y afectará a la finca por entero y no sólo al exceso, siendo, en su caso, preferido el arrendador que primero entable la demanda.

4.ª Infringir *normas vigentes* en orden a mejoras o cultivos, siempre que la infracción comporte *de modo expreso* la resolución del contrato.

5.ª Las que estén determinadas por Leyes especiales.

No obstante referirse el artículo 76 a la resolución del contrato a instancias del arrendador, cuando se da cualquiera de las tres primeras causas tiene también legitimación para ello el IRYDA, si aquél no hace uso de la facultad resolutoria (vid. arts. 17 y 19).

Por último, se dispone en el artículo 78 que la resolución del derecho del arrendador *facultará* al que resulte ser propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento.

Hay que observar que el *juicio* de desahucio no se puede utilizar, por imperativo del artículo 128.1, más que en el supuesto de falta de pago de la renta o cantidades asimiladas a la misma.

Estas cantidades son las que haya pagado el arrendador y que por disposición legal sean repercutibles en el arrendatario (art. 35).

B) Extinción

Si la finca dada en arrendamiento se pierde *totalmente* por caso fortuito o fuerza mayor, el arrendamiento queda extinguido, sin derecho a indemnización para ninguna de las partes. En los casos de pérdida parcial, el arrendatario podrá optar entre la continuación del arriendo con la reducción proporcional de la renta o pedir su resolución (art. 82.1).

Si la pérdida se debiere a dolo o culpa de una de las partes, la otra tendrá derecho a la indemnización correspondiente (art. 82.2).

El arrendamiento también se extingue y el arrendador podrá instar el desahucio (art. 83.1):

a) Por haber expirado el período contractual, si el arrendatario hubiere renunciado al derecho de prórroga.

b) Por haber expirado el período de prórroga legal, salvo que hubiera habido tácita reconducción, en cuyo caso ésta tendrá la duración establecida en el Código civil.

c) Por haber expirado el período de tácita reconducción.

También son causas de extinción el que sobrevenga durante la vigencia del contrato cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo 17, si bien el arrendatario tiene derecho a sustanciales indemnizaciones que se regulan detalladamente en la Ley. Si tales circunstancias afectan solamente a una parte de la finca arrendada, podrá acordarse judicialmente, *a petición del arrendatario,* que se restrinja para el futuro el arrendamiento a lo que quede de finca, con la consiguiente reducción de la renta, limitándose en este caso las indemnizaciones que le correspondan a la parte de la finca en que cese el arrendamiento (art. 83.2 a 5).

C) Sucesión

Regulada anómalamente entre las normas relativas a la terminación del arrendamiento se encuentra la sucesión.

El artículo 79 dice que tendrán derecho a suceder al arrendatario en la relación arrendaticia y por el siguiente orden de preferencia:

1.º El legitimario (vid. arts. 806 y 807 C. c.) o cooperador de hecho en el cultivo de la finca que designe el arrendatario en su testamento.

2.º El cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho.

3.º El heredero o legatario que al abrirse la sucesión fuese subarrendatario de la finca o cooperador de hecho en su cultivo.

4.º Cualquiera de los restantes herederos.

En todo caso el sucesor ha de ser profesional de la agricultura.

También ha de tenerse en cuenta que el propio arrendatario, si subarrienda la finca a un descendiente, puede concederle por escrito el derecho a sucederle en el arrendamiento (art. 71, letra d).

Cuando existan varias personas con el mismo derecho a suceder, el arrendatario ha de ser una de ellas, la que elijan por mayoría. Esa elección habrá de notificarse al arrendador en el plazo de dos meses desde el fallecimiento del arrendatario, y si no se recibe, aquél, previo requerimiento para que se efectúe la elección en un plazo de quince días, elegirá al que quiera (art. 80.1).

En caso de ser varios los arrendatarios, al fallecimiento de cualquiera de ellos los que le sucedan se integrarán en la relación arrendaticia, sin que por ello se altere su carácter de indivisible. Si no existiesen personas con derecho a suceder en el arrendamiento o no lo ejercitaren, el contrato continuará con los demás arrendatarios (art. 80.1).

La sucesión en la relación arrendaticia es evidentemente una sucesión *mortis causa* especial. De ahí que el artículo 81 diga que no será aquélla objeto de valoración en la sucesión del arrendatario (como los otros bienes y derechos de su herencia), sin perjuicio de computar en ella los créditos y deudas que tenga pendientes al fallecimiento en relación con el arrendamiento.

D) Expropiación

El artículo 100 L. A. R. da normas para determinar el importe de lo que el expropiante deba al arrendatario en el supuesto de expropiación total o parcial de su derecho. El expropiante descontará del justo precio que haya de pa-

garse al arrendador lo que haya de pagarse al arrendatario en concepto de gastos y mejoras a cuyo importe corresponda abonar al arrendador.

Determina también la indemnización que el propietario expropiado deberá abonar al arrendatario como indemnización si la finca tenía la condición de rústica al iniciarse el arrendamiento, y ha adquirido un plus-valor en el expediente de expropiación por corresponderle en tal momento otra calificación.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos,* Granada, 1987; COBACHO GÓMEZ: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos,* Murcia, 1982; GIL-ROBLES y GIL-DELGADO: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos,* Madrid, 1982; LLOMBART: *Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendamientos,* R. D. P., 1983, p. 337; SANZ VIOLA: *El profesional de la agricultura y el cultivador personal en la Ley de Arrendamientos Rústicos,* Actualidad Civil, 1988 (núm. 44), pág. 2.739; VATTIER: *La duración y la renta de los arrendamientos rústicos,* R. D. P., 1983, p. 671; *Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico,* A. D. C., 1984, p. 63.

28. EL CONTRATO DE OBRA

I. EL CONTRATO DE OBRA EN EL CODIGO CIVIL: NATURALEZA Y CARACTERES

Siguiendo una terminología superada y una concepción no menos superada del arrendamiento como figura unitaria, el Código civil ve en el contrato de obra una modalidad arrendaticia. Del artículo 1.544, que también define el arrendamiento de servicios, puede extraerse el concepto legal: un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro ejecutar una obra por un precio cierto. Pero el propio Código desecha en su regulación la terminología de arrendador y arrendatario para denominar a las partes del contrato. Habla de dueño o propietario para aludir al acreedor del resultado, y de contratista, para referirse al que lo debe. Parece más adecuado designar como comitente al que encarga la ejecución de la obra, y de contratista al que se obliga a ejecutarla, y al contrato como de obra.

El contrato de obra se distingue netamente del arrendamiento de servicios, porque en aquél el contratista promete el *resultado* de una labor, de una actividad. También aquí hay que resaltar la visión estrecha de nuestro Código civil al regular el arrendamiento de obra, porque la mayoría de sus disposiciones están pensadas exclusivamente como si sólo se contratase la construcción de edificios. Por otra parte, sus normas han quedado en gran parte anticuadas al no adaptarse a las nuevas formas de la construcción. El legislador partía de un comitente, que hace el encargo de un edificio al contratista. Pero en el proceso constructivo intervienen de modo fundamental los técnicos (arquitectos, aparejadores), con los que el comitente puede contratar directamente la redacción del proyecto constructivo y/o la dirección de las obras. Hay que mencionar también la figura del «promotor» inmobiliario, tan alejada del clásico comitente, y la frecuencia de la subcontratación por parte del contratista con otros.

El contrato de obra es en nuestro Código civil consensual, productor de obligaciones recíprocas. No existe disposición alguna en cuanto a la necesidad de forma, por lo que habrá que estar a lo establecido con carácter general por el artículo 1.278; en otras palabras, rige el principio de libertad de forma.

II. EL SUMINISTRO DE MATERIALES PARA LA REALIZACION DE LA OBRA: PROBLEMATICA

La materia con la que se ejecutará la obra puede ser del comitente o del propio contratista (art. 1.588). En este segundo caso nace la debatida cuestión de determinar si estamos en presencia de un contrato de obra puro y simple

o ante otro contrato distinto: venta de cosa futura. Incluso se ha pensado en la existencia de un contrato mixto de obra y compraventa, con la consecuencia de aplicar armónicamente las normas de ambos en función del fin perseguido por las partes (vid. S. de 7 de julio de 1982).

Ante todo se impone la interpretación de la voluntad de los contratantes. Si han dado especial importancia al proceso productivo de la cosa, al trabajo a realizar, sobre la materia objeto de aquel proceso, no hay duda de que será la de contrato de obra la calificación más adecuada. Cuando se busca la capacidad o habilidad de un artífice sería absurdo pretender que el comitente se ha dirigido a él con el fin de adquirir unos materiales simplemente.

La observación de la naturaleza del objeto es importante para detectar aquella intención. Normalmente, en el contrato celebrado para la elaboración o construcción de una cosa fungible pierde el proceso productivo importancia frente a la obligación de entrega, a la prestación de dar, como sucede cuando se trata de cosas fungibles producidas de forma periódica y profesionalmente por quien las construye o elabora (por ejemplo, se compra un coche que el vendedor fabrica en serie, pero en aquel momento no tiene existencias y ha de construirlo). En cambio, si se encarga la elaboración o construcción de una cosa específica no fungible (el traje que nos hace el sastre con la tela que elegimos en su sastrería, el coche que nos construye un fabricante con arreglo a diseño especial, la prótesis dental, etc.), la prestación de hacer para conseguir un resultado es más relevante que la prestación de dar, específica de la compraventa.

También será índice de la voluntad de las partes el que el artífice o contratista haga con la materia una nueva cosa y no se limite sólo a realizar obras accesorias en ella. La construcción, por ejemplo, de un coche de carreras bajo diseños especiales es arrendamiento de obra; pero la adquisición de un automóvil con el encargo de reformar la carrocería o potenciar el motor es compraventa, si bien con prestaciones accesorias que no desnaturalizan el contrato.

La problemática del contrato de obra con suministro de materiales surge cuando éstos, o la mayor parte, son los que componen la obra. En cambio, si el comitente los suministra, poniendo otros el contratista que son accesorios, el contrato es de obra claramente.

III. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

La obligación fundamental del contratista es la realización de la obra de acuerdo a lo convenido en el contrato. En su cumplimiento ha de actuar de acuerdo no sólo con lo que en él esté especificado, sino también con las reglas de su profesión y sus usos (art. 1.258). Los profesionales deben prestar sus servicios según las reglas del arte o profesión que ejercen, de tal manera que la impericia es sinónimo de culpabilidad (*spondet peritiam artis*). Es esa la diligencia que exige la naturaleza de la obligación, criterio aludido con carácter preferencial en el artículo 1.104.

La ejecución de la obra puede convenirse de dos formas: bien señalando como objeto la totalidad, bien fraccionándola en ejecuciones parciales, que el artículo 1.592 llama «por piezas o por medidas» «Por piezas o por medida» normalmente se identifica con extensión longitudinal o cubicable, aunque también el módulo puede responder a un criterio objetivo distinto (Ss. de 25 de marzo de 1957, 7 de octubre de 1964 y 20 de abril de 1972).

La previa determinación de la obra en un proyecto no es, sin embargo, obstáculo para su variación ulterior de modo convencional. No es admisible, pues, una variación unilateral del contratista, que ha de contar siempre con la aprobación expresa o tácita del comitente.

Es usual el establecimiento por las partes de un plazo límite de ejecución de obra (*dies ad quem*), susceptible también de alteración convencional por las partes. Toda modificación o ampliación del proyecto inicial implica, aunque no se disponga expresamente, derogación tácita del término fijado para aquél (Ss. de 7 de diciembre de 1959 y 13 de octubre de 1966).

Como cumplimiento de su actividad incumbe al contratista o artífice la entrega de la obra o, al menos, la puesta a disposición del comitente.

Por aplicación del artículo 1.094 ha de considerarse obligado al contratista a la conservación de la obra hasta el momento de la entrega [1].

IV. OBLIGACIONES DEL COMITENTE

A) Pago del precio

El artículo 1.544 exige que el precio en el arrendamiento sea *cierto*, y atribuye a la obligación de pago del mismo el carácter de obligación recíproca respecto a la principal del contratista de hacer la obra convenida. Pero es reiterada la doctrina jurisprudencial interpretativa de aquella norma, en el sentido de que no es indispensable que el precio se concrete en el momento de celebrar el contrato, por ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto con posterioridad por los propios interesados, por un tercero, o a través de tasación pericial (S. de 30 de mayo de 1987).

La fijación del precio se realiza usualmente por los siguientes sistemas:

1.° Por ajuste o precio alzado. Esta modalidad es la preferentemente to-

[1] Tratándose de edificaciones en suelo del comitente, la sentencia de 28 de diciembre de 1973 acepta que se va haciendo dueño de la obra a medida que el contratista construye. La R. de 7 de julio de 1962 afirma que el Astillero encargado de la construcción del buque con suministro de materiales por el comitente nunca es dueño de la obra.

Sobre la cuestión, Díez-Picazo, *Posesión y contrato de obra,* en «Estudios en homenaje al profesor Batlle Vázquez»; Esperanza Martínez Radio, en R. D. Mercantil, 1963, p. 424.

mada en cuenta por el legislador y significa la realización de la obra por un precio global.

2.° Por piezas o medidas. Claramente se alude a este sistema en el artículo 1.592 y envuelve el señalamiento de un precio por unidad de obra.

3.° Por administración o economía. El contrato de obra se efectúa por administración o economía cuando el contratista compromete su actividad en orden a la consecución de un resultado (la obra); más en la adquisición de materiales o mano de obra opera únicamente en nombre del comitente o por cuenta de éste simplemente, pero no en su nombre. En realidad, es el comitente quien suministra materiales o mano de obra y el precio a percibir por el contratista suele precisarse en un porcentaje sobre el costo real o bien en una cantidad fija.

¿Cuándo habrá de cumplir el comitente su obligación de pago? Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega (art. 1.599)[2]. En la práctica, las partes suelen estipular pagos parciales, en atención al adelanto de la obra o al tiempo, que no significan en modo alguno una aceptación tácita de lo hecho hasta aquel momento. Estos pagos llevan implícita la condición de que el comitente puede negarse a recibir la obra si el contratista no ha cumplido con arreglo a lo pactado en el contrato (acuerdo con el proyecto, precisiones técnicas estipuladas, etc.) (Ss. de 20 de abril de 1972 y 14 de julio de 1933).

Si la obra se contrató por piezas o por medida, el contratista puede obligarle a que la reciba por partes y la pague en proporción (art. 1.592).

B) Recepción de la obra y sus consecuencias jurídicas: responsabilidad por vicios ocultos

Es otra de las obligaciones fundamentales del comitente, paralela a la del contratista de entregar la obra, y que se deduce de los principios generales en materia de pago: el deudor necesita de la cooperación del acreedor para liberarse de su obligación. Pero el comitente sólo está obligado a recibirla si es conforme a lo pactado.

Una vez que la obra está *concluida,* la doctrina distingue tres etapas de posible desenvolvimiento simultáneo: *a)* La verificación de la obra, que consiste en un examen para determinar si se ha ejecutado de acuerdo a lo convenido. *b)* La aprobación, que es el juicio emitido como resultado de la verificación y que implica la obligación de aceptarla. *c)* La recepción, como consecuencia de la entrega o puesta a disposición que realiza el contratista, y de la obligación que surge para el comitente en tal sentido por haber aprobado la obra. Por tanto, la entrega de la obra no es sinónima jurídicamente de recepción[3].

[2] Hay que entender que no basta la materialidad de la entrega, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con la que se proyectó.

[3] La recepción es, para la sentencia de 14 de octubre de 1968, «acto o manifestación del propietario de que la obra está bien hecha». En realidad ello es aprobación, a la que sigue en orden lógico la recepción.

En cuanto al tiempo en que el comitente ha de verificar la obra para recibirla no hay ninguna disposición legal al efecto. Debe estarse a lo convenido, o en su caso a los usos o a la buena fe, en función de la naturaleza de la obra y de la mayor o menor complejidad que de ella se derive para su examen (art. 1.258).

Conviene, sin embargo, referirse a una especialidad introducida en la práctica en los contratos de obra. Es claro que, sobre todo en obras de gran complejidad, su examen para ver si cumplen lo convenido es operación que no se puede hacer simultáneamente con el recibo material. Por eso se pacta lo que se llama una dualidad de recepciones: la provisional y la definitiva. Hay un lapso de tiempo entre ellas para proceder a aquel examen.

Salvo que otra cosa se haya pactado, la provisional no libera al contratista de ninguna clase de defectos de la obra. Transcurrido el plazo entre la recepción provisional y definitiva y no denunciado por el comitente ningún vicio, debe proceder a esta última.

La recepción puede ser expresa o tácita. La primera es el resultado de una declaración de voluntad del comitente. La segunda es la deducida de actos que implican necesariamente una aprobación. En principio pueden estimarse como tales el pago del precio sin ninguna reserva (arg. art. 1.592); la utilización de la obra por el comitente previa toma de posesión sin reservas (cuando no se ha pactado la recepción provisional) (Ss. de 17 de diciembre de 1964 y 25 de noviembre de 1966); y el silencio del comitente a la intimación del contratista para que proceda a la recepción definitiva cuando se ha practicado la provisional (S. de 28 de junio de 1958).

Una especialidad de la recepción (como sinónima de aprobación) es la del artículo 1.598, a cuyo tenor, «cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida».

Es evidente que, si no se estipuló aquel pacto, no por ello el contratista puede construir de manera imperfecta e incompleta, teniendo el comitente que aceptarla sin ninguna protesta (S. de 14 de octubre de 1968). La expresión «a satisfacción del propietario» no es tampoco el permitir que libérrimamente manifieste si la obra está bien o mal realizada (art. 1.256). El arbitrio del propietario debe ser justo (*arbitrium boni viri*). Pero no impide que el contratista discrepe de su apreciación y haya que recurrir al juicio pericial que determine si la obra se ajusta o no a lo pactado. En tal caso estarán obligados contratista y comitente a desarrollar la actividad necesaria para que se nombre el perito y decida. También han de acatar la decisión del tercero cuando se estipuló que la aprobación de la obra se dejaba a su estimación.

¿Que consecuencias origina la recepción? Es claro que el contratista se libera de su obligación, pero ¿responderá de los vicios ocultos de la obra y de los aparentes? De éstos creemos que sí, salvo que los hubiese dolosa o fraudulentamente ocultado al comitente. En cambio, de los vicios ocultos (cfr. art. 1.484) no se libera. Precisamente son los más corrientes en las obras, y no se descubren sino con el paso del tiempo.

Ahora bien, el Código civil guarda silencio en cuanto al tiempo en que han de aparecer los vicios después de la recepción. La aplicación por analogía de las normas referentes a los vicios ocultos en la compraventa es manifiestamente injusta y contraria a la realidad, pues sabido es que en obras de mediana importancia incluso, los vicios no se suelen descubrir en el plazo de seis meses, que es de descubrimiento y ejercicio de acciones según el artículo 1.490. Parece que el plazo debe ser el de quince años, que es el que dispone todo contratante para el ejercicio de las acciones personales derivadas del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato[4]. Desde luego, en sentido estrictamente jurídico debe descartarse la aplicación analógica del artículo 1.591, que se ocupa sólo de una clase especial de vicios: los que arruinan la obra. Pero veremos posteriormente que el Tribunal Supremo mantiene un amplísimo concepto de ruina, seguramente en defensa de los adquirentes de pisos, y por eso se cobijan en aquel precepto muchos vicios ocultos.

Tal vez los estrictos vicios ocultos, con la normativa del artículo 1.490, deberían ser las simples y meras imperfecciones corrientes (vid. S. de 12 de febrero de 1988). Son deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido (S. de 16 de febrero de 1985).

C) Otras obligaciones

El comitente debe poner en situación al contratista de hacer la obra y ello mediante la entrega de los materiales (si ha de suministrárselos él), obtención de las autorizaciones administrativas oportunas e incluso mantenerle en la pacífica posesión de los terrenos (en la edificación), indemnizándole de los daños que sufriera por la oposición de terceros.

V. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA

Antes de la entrega de la obra al comitente puede destruirse total o parcialmente como consecuencia de acontecimientos no imputables al ejecutor o artífice de la misma. En tal caso habrá que averiguar quién soportará el riesgo en punto al precio concertado: si el comitente ha de abonarlo pese a no haber recibido la obra, o si, por el contrario, el contratista pierde el derecho de reclamarlo. Además, queda por resolver otra cuestión fundamental: la pérdida de los materiales usados en la obra.

También, y aunque en rigor no se trata de un problema de *riesgos,* se hace necesario considerar por cuenta de quién correrá el aumento de los precios de los materiales y salarios durante la ejecución de la obra.

Según el artículo 1.590, en el supuesto de que el contratista no ponga más que su trabajo o industria, pierde derecho a su retribución, salvo si ha habido morosidad en recibirla o cuando la obra se ha destruido por la mala calidad de los materiales, con tal de que haya advertido el contratista al comitente esta circunstancia.

El artículo 1.590, en cuanto a los materiales, parte de la base de que es el comitente y no el contratista quien está obligado a suministrarlos. Además, responsabiliza al contratista por norma general, salvo en la excepción que indica, que hay que extenderla al supuesto de que los vicios sean de tal naturaleza que no basten los conocimientos de su profesión para detectarlos (vid. art. 1.495). Pero la normativa posterior al Código civil sobre las funciones de los profesionales que intervienen en la construcción invalidan aquella responsabilidad. Si el aparejador es designado por el comitente, no hay que olvidar que entre sus funciones se encuentra la de «inspeccionar los materiales a emplear... exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación» (art. 1.° del Decreto de 19 de febrero de 1971)[5].

Si los materiales los puso el contratista, el artículo 1.589 preceptúa que él debe sufrir la pérdida antes de la entrega de la obra, salvo si hubo morosidad en recibirla.

Alguna atención, dijimos anteriormente, hay que prestar al riesgo económico, consistente en la agravación o mayor dificultad de la prestación a realizar por el contratista.

El artículo 1.593 aborda el problema cuando se ha fijado un precio alzado para «la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el dueño del suelo». Dispone que, aunque haya aumentado el precio de los jornales o materiales, no hay lugar a aumento del de la obra; pero se faculta al contratista para ello «cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca *aumento de obra,* siempre que hubiese dado su autorización el propietario»». Estima el legislador que el riesgo del aumento de los costes

[4] Las acciones que corresponden al comitente son las de rectificación de los vicios (arts. 1.091 y 1.098), el cumplimiento por equivalencia (art. 1.101), o la resolutoria con fundamento en el artículo 1.124, si los vicios alcanzan tal entidad que la obra no satisface el interés que llevó al comitente a contratar (S. de 19 de febrero de 1970).

En este sentido, vid. las sentencias de 15 de marzo de 1979, 14 de marzo de 1981, 28 de junio de 1982 y 23 de febrero de 1983.

[5] Herrera Catena plantea la problemática del empleo en la construcción de elementos prefabricados, en los que el contratista se limita a colocarlos sin someterlos a ulterior proceso», estimando entonces la responsabilidad del fabricante, salvo que el contratista incumpliliera instrucciones relacionadas con el posible control de lo prefabricado.

es consustancial a la función empresarial, y puede prevenirse con las estipulaciones adecuadas (revisión de precios, etc.). De ahí que la jurisprudencia haya declarado reiteradamente que el artículo 1.593 es norma de derecho dispositivo y no imperativo (Ss. de 25 de junio y 18 de diciembre de 1970).

> En relación con el artículo 1.593 hay que hacer las siguientes observaciones:
>
> 1.ª No hay dificultad para aplicarlo a otra obra que no sea de construcción, pues sabemos que el Código civil parte de ese presupuesto para regular el arrendamiento de obra.
>
> 2.ª Aunque los materiales los aporte el comitente, la inalterabilidad del precio alzado seguirá operando; quedan los jornales a cargo del contratista.
>
> 3.ª No es imprescindible la existencia de plano. Es una facilidad para la prueba de lo que se proyectó y lo que se ejecutó en realidad, pero no se impide que por otros medios de prueba se demuestren aquellos extremos.
>
> 4.ª El consentimiento del comitente para la variación lo mismo puede ser expreso que tácito (Ss. de 28 de febrero de 1975 y 26 de diciembre de 1979).

Si el alza de los costos de mano de obra y material es de tal magnitud que altere el equilibrio de las prestaciones del contrato, perturbe su conmutatividad natural, la rígida norma del artículo 1.593 ha de ceder ante otras doctrinas más equitativas y en consonancia con la buena fe: teoría de la alteración de la base o fundamento del negocio por destrucción de la equivalencia, teoría del «riesgo imprevisible», etc.

VI. CAUSAS ESPECIFICAS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE OBRA

Aparte de las generales de todas las obligaciones, el Código civil reconoce el desistimiento unilateral del contratista, su muerte y la imposibilidad de acabar la obra.

El comitente puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella (art. 1.594). La indemnización al contratista comprende la utilidad *total* que le hubiera reportado la obra (S. de 5 de diciembre de 1981).

La muerte del contratista es causa de rescisión del contrato —dice el artículo 1.595— si la obra se le encargó por razón de sus cualidades personales. En este caso, el comitente debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Le reportará algún beneficio al comitente cuando sean útiles para la continuación de la obra o porque los pueda enajenar.

Por último, el párrafo 3.° del artículo 1.595 aplica el mismo régimen anterior «si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad».

VII. RESPOSABILIDAD POR RUINA DE LA OBRA

El artículo 591 se ocupa de establecer las responsabilidades que nacen de la ruina de la cra (aunque la refiere a «edificio», consecuente con su enfoque general del co rato de obra).

A) CONCEPT DE RUINA

¿Qué signica aquí la ruina? La sentencia de 20 de diciembre de 1959 da un concepto eenso de ruina, pues —dice— la disposición del artículo 1.591 no se contrae ;o que en un sentido riguroso y estricto pudiera implicar: inmediato y actual errumbamiento o destrucción total o parcial de la obra. Abarca un conteni más amplio y lato, extensivo a la estimación de *tan graves defectos de cstrucción,* que hacen *temer* la próxima pérdida de la misma si inmediatame no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a que se destinó. Laurisprudencia del Tribunal Supremo avanza continuamente en esta línea de ensión del concepto de vicio ruinógeno, alejándose de la conexión prevista el artículo 1.591 entre el mismo y la ruina, y fijándose más que nada en su gr/edad [6]. En este sentido se habla de «ruina funcional», que es la inutilidad dla cosa construida para su destino (S. de 23 de febrero de 1983).

B) VICIOS RINÓGENOS: SU IMPUTABILIDAD

El artículo .591 distingue tres clases de vicios: de la construcción, de la dirección y dsuelo. Responsabiliza al arquitecto que dirige la construcción de estos dos timos, y al contratista del primero. Es claro el fundamento de la responsabilad del director de obra, pues no ha tenido el adecuado control de la ejecuciódel proyecto, ni el debido conocimiento del suelo sobre el que se va a edific. Pero el vicio es en realidad de proyecto, ya que para su confección se ha bido tener en cuenta necesariamente el asentamiento de la construcción. Esoyecto puede ser de aquel director o de otro.

Si el proyto lo realiza un arquitecto y dirige su ejecución otro distinto, ¿se ha de entder que este último es responsable por vicios del suelo y, caso afirmativo, equé se fundamentaría su responsabilidad? Creemos que el arquitecto que oyectó debe responder conjuntamente con el director, pues éste, por razónle su profesión, debe conocer si el proyecto es realizable en un determinado elo, pero esta obligación profesional no autoriza al primero para

[6] Ss. de 1de febrero de 1981, 25 de enero de 1982, 23 de febrero de 1983 y 16 de junio de 19. Con evidente exageración, aplica la sentencia de 18 de diciembre de 1984 el artícul1.591 al supuesto de destrucción de la barandilla de una escalera por efecto de la ccoma.

eludir la suya: proyectar con arreglo a las reglas del arte de construir [7] (S. de 5 de diciembre de 1981).

Lo que se dice en cuanto al vicio del suelo como vicio del proyecto debe extenderse a cualesquiera otros vicios del mismo.

El vicio de la construcción se refiere a la actividad del contratista en la ejecución material de la obra (mala calidad de los materiales, mezclas mal hechas, defectuosa colocación, etc.). Hay que destacar que en el Código civil aparecen como compartimentos estancos las tres clases de vicios que hemos expuesto y las responsabilidades del director y contratista. Pero la realidad nos está indicando continuamente lo difícil que es deslindar las tareas constructivas de las de dirección en numerosos casos, habida cuenta de que éstas abarcan misiones de vigilancia y control de la ejecución del contratista a cargo de los arquitectos técnicos o aparejadores, bajo la superior vigilancia del arquitecto director. De ahí que la responsabilidad del contratista, cuando no sea posible circunscribirla exactamente, aparece compartida con la de los técnicos. El Tribunal Supremo es constante en esta línea, partiendo de su afirmación de que el artículo 1.591 es aplicable no sólo al arquitecto sino también a los otros técnicos que intervengan en la construcción (Ss. de 5 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1967, 1 de febrero de 1975, 12 de febrero de 1981, 14 de febrero de 1984 y 4 de marzo de 1988).

C) Plazo de ejercicio de la acción

El artículo 1.591, en su párrafo 1.° dice que el contratista responde de los daños y perjuicios, si la ruina tuviere lugar dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción, añadiendo: «igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere...».

Redactado confusamente, el precepto citado plantea la cuestión del plazo para el ejercicio de la acción. No está claro si los diez años es un plazo de garantía respecto de unos vicios muy especiales (los ruinógenos), en el sentido de que dentro de él deben aparecer, no mencionando el plazo de ejercicio de la acción por estimar que debe ser el general del incumplimiento de obligaciones contractuales, o bien es un plazo de garantía y ejercicio al mismo tiempo.

[7] La cuestión debe resolverse de una manera en cierto modo distinta cuando el estudio del suelo se encomienda específicamente a un profesional especializado en ello, lo que el proyectista puede exigir (art. 1.° del Decreto de 11 de marzo de 1971). Entonces la responsabilidad por vicio del suelo será de dicho profesional, no del arquitecto-proyectista ni del arquitecto-director de la obra, salvo que los vicios pudieren ser advertidos (o debieron serlo) al ir ejecutando la obra, hipótesis en la que debe responder, conjuntamente con el autor, el arquitecto-director si continúa la realización del proyecto.

No obstante, las sentencias de 14 de diciembre de 1984 y 10 de mayo de 1986 no liberan de responsabilidad al arquitecto.

Incluso se ha sostenido que la responsabilidad por ruina que no obedezca al incumplimiento de las condiciones del contrato es de carácter legal, y su ejercicio debe discurrir por las normas de la responsabilidad extracontractual (por tanto, la acción duraría un año desde que apareció la ruina en el período de garantía).

Si se analizan las causas por las que responden el contratista o los técnicos se verán que no son más que infracciones de su *deber contractual* de efectuar la prestación con arreglo a las normas del oficio, arte o profesión. La especialidad del párrafo 1.° del artículo 1.591 estaría entonces en el establecimiento de un plazo de garantía previo al normal del ejercicio de las acciones por responsabilidad contractual (15 años; art. 1.964). Por estas mismas razones, no es viable el criterio de que los diez años es plazo de garantía y ejercicio de la acción, porque supondría una disminución injustificada del general de 15 años de responsabilidad contractual [8]. Disminución más acentuada si se piensa en la hipótesis de una ruina que acaezca en los momentos finales de los diez años.

Las dificultades se acrecientan con el párrafo 2.° del artículo 1.591, que se ocupa de otra causa de ruina: la falta del contratista a las condiciones del contrato. Lacónicamente preceptúa que «la acción de indemnización durará quince años». Si se acepta la anterior interpretación, el precepto es completamente inútil. Si se interpreta que el plazo de diez años es de garantía y ejercicio, no tiene sentido que un incumplimiento de las reglas de la profesión esté menos sancionado que un específico incumplimiento contractual.

¿Desde cuándo comienza el plazo decenal? El artículo 1.591 dice que desde que se concluyó la obra, pero hay que interpretar necesariamente que se refiere a una liquidación de la obligación del constructor, lo que se produce cuando la obra es aceptada por el comitente. Sería absurdo que comenzase el plazo no habiendo cumplido todavía su obligación de entrega el obligado.

D) Legitimación activa y pasiva

La tiene evidentemente el comitente. Pero ¿qué sucede si éste ha enajenado a otro la obra? La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en declarar que el adquirente posee la misma acción que el comitente contra los responsables de la ruina, porque se trata de una acción protectora de la propiedad que se transmite junto con ésta (Ss. de 1 de abril de 1977, 3 de octubre de 1979, 12 de febrero de 1981, 9 de marzo y 22 de abril de 1988).

La acción ha de ejercitarse contra el constructor y los técnicos de la construcción en la medida en que los vicios causante de la ruina sean a ellos imputables. En la práctica, ante la imposibilidad de determinar en el momento de

[8] Vid. las sentencias de 11 de octubre de 1974, 15 de diciembre de 1981 y 12 de marzo de 1985.

demandar la causa de la ruina, se demanda conjuntamente a todos ellos. En el período probatorio del pleito ya se van dilucidando las responsabilidades. Pero en modo alguno se impone la necesidad de demandar a todos los que han intervenido en el proceso constructivo para que la relación jurídica procesal esté bien entablada (vid. Ss. de 1 y 26 de abril de 1977 y 31 de mayo de 1983).

Si el comitente ha transmitido la propiedad de la obra no está legitimado pasivamente cuando el adquirente ejercita la acción del artículo 1.591 (S. de 12 de febrero de 1981 y las citadas en ella). En cambio, sí esta legitimado el llamado *promotor*, del que ha adquirido el accionante.

La figura del *promotor inmobiliario* es conocida en la práctica, pero tiene una perfecta oscuridad en el mundo jurídico hasta ahora. El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de enfrentarse con ella en supuestos en los que se postulaba la aplicación del artículo 1.591, y en todos ellos el demandado alegaba su condición de vendedor del piso o local, no de contratista, para enervar la acción. El Tribunal Supremo describe al promotor como la persona que reúne el carácter de propietario del terreno, que se convierte en su propio constructor o contratista y concierta contratos separados con los diferentes gremios que han de intervenir en la construcción, para vender seguidamente de concluida la obra, e incluso a la vista del plano. Sobre esta base, al promotor lo equipara al contratista a efectos de poder ser demandado (Ss. de 11 y 17 de octubre de 1974, 3 de octubre de 1979, 25 de enero de 1982, 20 de junio de 1985 y 12 de febrero de 1988). El promotor sería, pues, una persona física o jurídica que construye para sí, a fin de vender a terceros. Pero al igual que el concepto de ruina, el de promotor va perdiendo sus proporciones jurídicas para tener un sentido económico, que lo identifica con la empresa vendedora de numerosos pisos, aunque existan indudables contratos de construcción con otras. En suma, un notable o poderoso (frente al débil adquirente) comitente del Código civil.

El subcontratista del contratista (que es un verdadero comitente frente a él) no libera al último de su responsabilidad, ex artículo 1.591, si la causa de ruina procediese de la subcontrata. El artículo 1.596 es fundamento positivo de esta solución. Claro está que después podrá accionar contra el subcontratista si los vicios fueron provocados por él. El subcontratista no debe estar legitimado pasivamente para soportar el ejercicio de la acción del artículo 1.591 (S. de 21 de marzo de 1988; en contra, S. de 14 de noviembre de 1988).

La complejidad de las tareas constructivas hace que en una misma obra, junto al contratista que pudiéramos llamar principal, operan otros con los que el comitente establece otros contratos de obra (p. ej., los servicios de calefacción o refrigeración). En principio cada uno debe responder de lo suyo, pero si hay un nexo de trabajo entre ellos (v. gr., el contratista principal debe ayudar a los montajes de las calefacciones), hay obligación de advertir las deficiencias de la obra ejecutada, y no seguir ocultando este hecho bajo sanción de responder conjuntamente (S. de 19 de abril de 1977).

E) Solidaridad de los responsables

En principio, las responsabilidades de los contratistas y técnicos demandados por ruina de la construcción son individuales. Ahora bien, ello significa que la causa de la ruina debe de resultar específica y propia de cualquiera de ellos. Como esto es difícil que se dé en todos los casos, como lo normal es que junto a un vicio de la construcción, por ejemplo, concurra un vicio de la dirección por falta de vigilancia o de instrucciones adecuadas, existirá una responsabilidad conjunta y por igual de todos los demandados que el Tribunal Supremo no vacila en calificar de solidaria cuando no se puede discernir la proporción en que las faltas de cada uno haya incidido en la realidad de los daños (Ss. de 1 de febrero y 18 de noviembre de 1975, y 12 de febrero de 1981).

F) Prueba

La especial protección que para el comitente y sus sucesores a la titularidad representa el artículo 1.591 obliga a considerar que sólo han de probar el hecho de la ruina, y al demandado o demandados, que tuvo por causa unos vicios de los que ellos no deben ser responsables. El legislador, pues, presume *iuris tantum* que si la obra se arruina es por vicios en su construcción (Ss. de 17 de febrero de 1972 y 29 de diciembre de 1985; en contra, la de 22 de abril de 1988).

G) Responsabilidad

El artículo 1.591 habla de una acción de daños y perjuicios. Pero con razón dice la sentencia de 22 de febrero de 1988 que la reparación o subsanación de defectos no deviene incompatible con el resultado de una indemnización sustitutoria para aquellos casos de *difícil o imposible recomposición.*

VIII. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR HECHOS AJENOS

El artículo 1.596 dispone que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

IX. PROTECCION LEGAL DE LOS CREDITOS NACIDOS DEL CONTRATO DE OBRA

A) Acción directa del artículo 1.597

Los que ponen su trabajo y materiales en una obra *ajustada alzadamente*

por el contratista, no tienen acción contra el dueño (comitente) de ella, sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.

Titulares de esta acción directa («el deudor de mi deudor es también deudor mío»), que excepcionalmente permite el artículo 1.597, son los que han puesto trabajo y materiales en la obra ajustada a precio alzado por el contratista. Una interpretación finalista abona su extensión a los subcontratistas, pues ellos también ponen trabajo y materiales. En la subcontrata aparece el contratista como comitente frente al subcontratista.

No hay indicio legal de que la acción sea subsidiaria o, en otras palabras, que se exija la insolvencia del contratista para proceder contra el comitente.

Esta acción puede interponerse simultáneamente contra el contratista —en ejercicio de una reclamación ordinaria del crédito existente contra él— y contra el comitente (S. de 13 de abril de 1926). Uno y otro responden indistintamente o *in solidum,* si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma (S. de 7 de febrero de 1968).

•

B) Derecho de retención

Según el artículo 1.600, el que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague. Pese a la expresión legal «retener en prenda», no se consagra un auténtico derecho real de esta categoría, sino simplemente un derecho de retención[9].

La retención tiene sentido cuando el artífice no ha construido *ex novo,* sino que se ha limitado a reparar la que se le ha entregado, sea o no propiedad del que encarga el trabajo. En el primer caso basta el negarse a cumplir la obligación porque la contraparte no cumple la suya, como en cualquier relación jurídica sinalagmática de cumplimiento simultáneo.

C) Privilegio del crédito por construcción, reparación o conservación

Concede el artículo 1.922-1.°, una preferencia para el cobro frente a los demás acreedores del deudor y sobre el precio de la cosa mueble (vid. art. 1.926). En cambio, respecto de los bienes inmuebles hay ciertamente una protección del crédito refaccionario, pero no es claro su concepto. El que parece predominar en la Ley Hipotecaria, entiende que lo es el *préstamo* que se destina a la refacción, o sea, a la construcción, reparación o conservación de un inmueble. En realidad, y atendiendo a la naturaleza del crédito refaccionario, posee esta característica todo crédito surgido de la refacción de la cosa (suministro de materiales, trabajo, etc.) (S. de 21 de mayo de 1987).

El artículo 1.923-3.°, otorga preferencia sobre otros acreedores al crédito refaccionario sobre inmuebles inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, al igual que el número 4.° del mismo precepto a los no inscritos o anotados (vid. art. 1.927).

[9] No obstante, vid. la sentencia de 7 de julio de 1987, que estima en un caso análogo (art. 1.730) la existencia de un derecho real de prenda.

X. EL CONTRATO DE TRANSPORTE EN EL CODIGO CIVIL

Dentro del arrendamiento de cosas y servicios dedica muy escasos preceptos nuestro Código a este contrato, quizá porque considera que las lagunas son llenadas por las leyes y reglamentos especiales a los que expresamente se remite (art. 1.603), y porque sea normalmente un contrato mercantil.

Las normas contenidas en los artículos 1.601 a 1.603 se refieren exclusivamente al régimen de la responsabilidad del porteador por *los efectos* transportados por tierra o agua, pero añadiendo que «sin perjuicio de lo que respecto a transportes por mar y tierra establece el Código de Comercio» (art. 1.601-2.°).

Su inclusión en el arrendamiento de obras y servicios no debe hacer olvidar que estamos ante un contrato de obra. El porteador no se obliga a desplegar solamente una actividad, sino a conseguir un resultado: el traslado de las personas o cosas de un lugar a otro.

El contrato de transporte exige una prestación a cambio de un precio. Es, pues, oneroso. Pero se plantea la interesante cuestión de los transportes gratuitos, que se escinden en dos fundamentalmente: *a)* Si es posible la existencia de un contrato de transporte gratuito. *b)* Si el llamado transporte amistoso o de cortesía es distinto conceptualmente de un transporte gratuito.

Es admitido por la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de un contrato de transporte gratuito (S. de 4 de julio de 1953). En cuanto al transporte de cortesía, éste obedece a motivos de benevolencia, cortesía o amistad. Es evidente que el porteador no quiere contraer un vínculo jurídico idéntico al que celebra un contrato de transporte, no hay consentimiento contractual. La solución, preconizada por cierto sector de la doctrina, de conceptuar al transporte amistoso como un *contrato* de transporte gratuito, está en contradicción con la realidad e ignora que existe un amplio repertorio de deberes sociales, impuestos por la cortesía o nacidos de la pura benevolencia, que no originan relaciones contractuales. Pero ello no equivale a afirmar que el porteador está libre de toda responsabilidad si su conducta imprudente o dolosa causa un daño. Tal responsabilidad se regulará por las normas de los artículos 1.902 y siguientes, como responsabilidad extracontractual (vid. S. de 23 de septiembre de 1988).

La responsabilidad del porteador dijimos que era objeto de regulación. El artículo 1.601 impone al porteador, en cuando a la guarda y conservación de las cosas que se le confían, las mismas obligaciones que respecto a los posade-

ros se determinan en los artículos 1.783 y 1.784. Todo ello sin perjuicio de lo que establece el Código de Comercio.

El artículo 1.602 le sujeta a un severo régimen de responsabilidad, en tanto que responde de la pérdida y de las averías de las cosas que recibe, a no ser que pruebe que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor.

La responsabilidad del porteador en el transporte de personas queda en la sombra. Como pone de relieve A. MENÉNDEZ, no parece justificado que sea más gravosa para el porteador de cosas que para aquél, aunque la actuación del pasajero en el momento del accidente adquiere un relieve especial, por lo que cree que hay que dar entrada a la presunción de culpa del porteador [10]. Nota también que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acusa cierta vacilación, aunque con una línea predominante en favor de la responsabilidad contractual en el caso de lesiones y de la responsabilidad extracontractual en el de muerte del pasajero.

•

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALONSO PRIETO: *Las acciones de saneamiento de la compraventa de edificios.* R. D. P., 1971, p. 254; CABANILLAS SÁNCHEZ; *La recepción de la obra,* A. D. C., 1978, p. 287; *La responsabilidad del promotor que vende pisos defectuosamente construidos,* A. D. C., 1982, p. 878. CADARSO PALAU: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores,* Madrid, 1986; *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra (comentario a la sentencia de 19 de febrero de 1970).* A. D. C., 1970, p. 670; DE ANGEL YÁGÜEZ; *Los créditos derivados del contrato de la obra. Su protección legal en la legislación civil.* Madrid, 1969: FERNÁNDEZ COSTALES: *El contrato del arquitecto en la edificación,* Madrid, 1977; FERNÁNDEZ HIERRO: *La responsabilidad civil por vicios de construcción,* Bilbao, 1977; GARCÍA CANTERO: *La responsabilidad por ruina de edificios.* A. D. C., 1963, p. 1053; HERRERA CATENA: *Responsabilidades en la construcción,* I, Granada, 1983; A. MENÉNDEZ; *Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques,* R. D. M., 1958, p. 299; *El contrato de pasaje marítimo,* Libro del Centenario de la Ley del Notariado, vol. IV, Madrid, 1963, p. 280; SÁNCHEZ CALERO: *El contrato de obra. Su cumplimiento,* Madrid, 1978; SÁNCHEZ FONTANS: *El contrato de construcción.* Montevideo, 1953; SANTOS BRIZ: *El contrato de ejecución de obras y su problemática jurídica.* R. D. P., 1972, pp. 379 y ss.: SPOTA: *Tratado de la locación de obra.* Buenos Aires, 1952; TORRALBA SORIANO: *Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil,* A. D. C., 1970, p. 123.

[10] La Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 adopta el sistema de responsabilidad objetiva. La razón de indemnizar al pasajero se basa simplemente en el accidente o daño, incluso en el accidente fortuito, y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia (art. 120).

29. EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

I. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS

El artículo 1.544 define el arrendamiento de servicios junto al arrendamiento de obra: «En el arrendamiento de obras o *servicios,* una de las partes se *obliga* a ejecutar una obra o a *prestar* a la otra un *servicio* por precio cierto».

Pero el desarrollo normativo no puede ser más pobre. Sólo regula el servicio de criados y trabajadores asalariados, como si estos servicios fuesen los únicos susceptibles de arrendar, con terminología del Código, pero en la actualidad ocurre que la prestación de servicios de los trabajadores asalariados ha salido del Código civil y ha creado una nueva disciplina jurídica: el Derecho del trabajo, y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo da entrada a los servicios propios y específicos de las profesiones liberales (médicos, abogados, etc.) en el marco del arrendamiento de servicios (S. de 7 de marzo de 1988 en cuanto a abogados).

De la definición legal resulta que el contrato es consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento. No pierde esta característica ni aun en el supuesto de que para realizar el servicio deba entregarse alguna cosa al arrendatario, es decir, no se transforma en un contrato real (admitiendo esta categoría jurídica). También es bilateral, producto de obligaciones recíprocas (realización del servicio a cambio de una contraprestación).

No se requiere para su perfección ninguna forma determinada. Rige en toda su integridad el artículo 1.278 del Código civil.

II. OBJETO

Lo constituye la prestación de un servicio. En la práctica, en cambio, resultará en ocasiones dudoso si un determindo 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 arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el *resultado útil* de aquella 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 tienen poder directo sobre el resultado satisfactorio).

Los servicios objeto de contrato no tienen necesariamente que ser materiales. Está totalmente superada en la actualidad la antigua doctrina, que circuns-

cribía el arrendamiento de servicios a ellos excluyendo los de un profesional.

No obstante, es interesante hacer notar que los servicios de las profesiones liberales no son siempre y en todo caso objeto de un contrato de arrendamiento de servicios. En otras palabras, que en ocasiones estaremos en presencia del contrato de locación de obra. Piénsese en el letrado que se obliga a realizar un dictamen mediante una remuneración o en el dentista que tiene que realizar y colocar una prótesis, etc.

III. CAPACIDAD DE LAS PARTES

No determina el Código civil ninguna capacidad especial para la celebración de este contrato, por lo que se aplicarán las disposiciones relativas a la capacidad para contratar en general.

•

IV. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

Su obligación principal 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 (art. 1.258), por no ser normal la redacción 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.

Del mismo modo, la diligencia exigible en el cumplimiento de la obligación no es la del buen padre de familia (art. 1.104), sino las reglas del arte o profesión. Son clásicos los aforismos *spondet peritiam artis e imperitia culpae enumerantur.* El prestatario responderá de su pericia en el arte u oficio, asimilándose la impericia a la culpa, pero siempre en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, como manda el artículo 1.104.

De ahí que el profesional responde si no aplica las técnicas conocidas, o no se adecúa su conducta al estado actual de la ciencia que practica (Ss. de 22 de febrero de 1978 y 26 de mayo de 1986).

Teniendo en cuenta que se trata de una responsabilidad contractual, no rige el principio de incurrirse en ella por culpa levísima, propio de la responsabilidad extracontractual (S. de 26 de mayo de 1986).

Al acreedor le corresponde la prueba de la negligencia (S. de 13 de julio de 1987).

Si lo que se discute es si los servicios se prestaron o no, al arrendatario corresponde probar que se prestaron (S. de 30 de noviembre de 1987).

V. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

Su obligación principal es la de pagar la contraprestación. El artículo 1.544 habla de «precio cierto».

La prestación por un profesional de los servicios propios de su profesión constituye una presunción de que la otra parte se obliga a remunerarlos, presunción *iuris tantum* (arg. art. 1.711 y Ss. de 19 de enero y 9 de marzo de 1957).

El Tribunal Supremo declara que tal precio cierto existe no sólo cuando está pactado expresamente, sino también cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios (Ss. de 10 de noviembre de 1944 y 9 de diciembre de 1953). Cuando el Colegio profesional a que pertenece el prestatario tiene aprobadas unas tarifas, suplen las mismas el silencio de las partes en cuanto al precio (S. de 7 de junio de 1958), sin que ello limite el derecho del que solicitó los servicios a la impugnación de la minuta, pues tales tarifas no son normas jurídicas elaboradas por la conciencia social (costumbres) (S. de 18 de abril de 1951).

También pesa sobre el acreedor del servicio la carga o deber accesorio de cooperar al cumplimiento del prestatario poniéndolo en condiciones de cumplir, de que su trabajo sea provechoso. Caso de incumplimiento, el deudor que no lo pueda ejecutar por ello tendrá abierto el camino para la resolución contractual con las correspondientes indemnizaciones.

VI. DURACION

El artículo 1.583, con referencia al servicio de los criados y trabadores asalariados, dice que puede contratarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. *El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo, porque sería depresivo el pacto para la libertad individual.* Esta misma prohibición debe regir para otra clase de servicios, y no se vulnera por ser el arrendamiento por tiempo indefinido (S. de 14 de marzo de 1986).

VII. EXTINCION

Aparte de las comunes de extinción de todo contrato, la muerte del deudor del servicio será una causa específica si se contrató con él en atención a sus cualidades personales, no con su empresa.

Más discutible es si la muerte del acreedor del mismo origina igual efecto. Será necesario descubrir el *intuitus personae* para afirmarlo.

Si la relación se contrata sin sujeción a plazo, puede darse por concluido a voluntad del arrendador, cumpliendo lo que se hubiese pactado para ese evento (S. de 14 de marzo de 1986).

VIII. REGULACION LEGAL DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS EN EL CODIGO CIVIL

Nuestro Código se ocupa tan sólo del servicio de criados y trabajadores. Su regulación ha sido superada por el Estatuto de los Trabajadores (Ley de 10 de marzo de 1980), en cuyo articulado se considera el trabajo doméstico como una relación laboral especial sujeta a disposiciones específicas. También la regulación de los trabajadores asalariados cede hoy ante la realidad floreciente de la nueva disciplina del Derecho del Trabajo, que ha pasado a ser de un ordenamiento jurídico de aquéllos a un Derecho que regula el trabajo libre por cuenta ajena y, más aún, nuevas corrientes doctrinales tratan de configurarlo como un Derecho de la actividad profesional, lo que en buena medida se traduce en el precitado Estatuto en el que su artículo 2.° especifica una serie de relaciones *laborales* que se disciplinan especialmente (artistas, personal de alta dirección de empresas, etc.).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALONSO OLEA: *Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apuntes sobre el tema en Hegel y sus precedentes.* A. D. C., 1975, p. 875; *De la servidumbre al contrato de trabajo,* Madrid, 1979; 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.* R. D. P., 1935, p. 393; FERNÁNDEZ COSTALES: *El contrato del arquitecto en la edificación,* Madrid, 1977; *El contrato de servicios médicos,* Madrid, 1988; GITRAMA GONZÁLEZ: *Configuración jurídica de los servicios médicos,* en «Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Serrano y Serrano», I, Valladolid, p. 325; *Medicina y Derecho (sobre el contrato de servicios médicos),* A. D. C., 1977, p. 273; LEGA: *La libera professione.* Milán, 1950; MENGONI: *Obbligazione di resultato e obbligazione di mezzi,* R. D. Com., 1954, I, p. 188: TRAVIESAS: *Contrato de arrendamiento (obras y servicios),* R. D. P., 1919, p. 34.

30. EL PRESTAMO

I. DEFINICION Y CARACTERES DEL PRESTAMO

Nuestro Código civil agrupa bajo la denominación de préstamo dos regulaciones: la del comodato y la del «simple préstamo», precedidas de una disposición general (art. 1.740), según la cual «por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama *comodato,* o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo».

De acuerdo con la anterior definición, el mecanismo esencial del préstamo, como figura general, parece estar constituido por la entrega y restitución del objeto prestado. La entrega se realiza para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo). La unificación de las dos figuras estaría en función de esa idea de entrega y posterior restitución. El Código, sin embargo, inmediatamente después de unificar las figuras, las diversifica y lo hace, por lo menos a primera vista, en atención al objeto del contrato: cosas no fungibles en el comodato y fungibles en el préstamo. En el artículo 1.740 la idea de fungibilidad ha de interpretarse no en su sentido estricto (sustituibilidad), sino en el sentido que en alguna otra ocasión el Código le da; cosas que se consumen por el uso.

> La definición del artículo 1.740 está basada en el artículo 1.630 del Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA dice al explicar el requisito de la no fungibilidad: «Esta es la diferencia capital entre uno y otro préstamo, o entre mutuo y comodato. En las cosas fungibles es imposible separar *el uso del consumo;* no pueden, pues, ser materia de comodato, por el que tan sólo se concede el uso, con la obligación de restituir la misma cosa específica».

II. LA PERFECCION DEL CONTRATO DE PRESTAMO: SU CONFIGURACION COMO CONTRATO REAL

Siguiendo una tradición histórica que se suele remontar al Derecho romano, nuestro Código civil configura los contratos de préstamo como contratos *reales,* de manera tal que su perfección no se produce por el mero consentimiento, sino que es precisa la entrega de la cosa o *datio rei.* Esta entrega no supone cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato y, por consiguiente, del nacimiento de las obligaciones derivadas de él, centradas en el prestatario; obligaciones de restitución (S. de 25 de febrero de 1986). La justificación racional de esta exigencia se basa en que si no ha existido entrega no existe obligación alguna a cargo

del prestatario. La obligación de restituir no puede nacer por el mero consentimiento de las partes sino por la recepción de la cosa [1].

La categoría general de los contratos reales está sometida hoy a una profunda revisión. Fruto de la crisis ha sido la admisión de posibles contratos consensuales de préstamo, mediante los cuales el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación. Nada obsta, decía ALGUER, a que las obligaciones que engendra un contrato vayan surgiendo sucesivamente y no de una manera simultánea, en cuanto aparezca para cada una de ellas las bases de hecho y de derecho necesaria para su existencia. En una consideración dogmática, la promesa aceptada de dar una cantidad para que sea devuelta más tarde es lógicamente un contrato consensual, que obliga a no reiterar el consentimiento ya prestado y en el que se declararon y regularon los efectos y el fin querido por ambas partes, sino sencillamente a cumplir la prestación una de ellas, y luego a restituirla la otra. De un modo similar, JORDANO BAREA entiende que la regulación legal parte de la entrega de la cosa porque es la hipótesis normal. El molde típico del préstamo presupone la normal unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, que no es, sin embargo, necesaria y que se puede romper cuando las partes, en lugar de concluir el contrato de manera instantánea, se limitan a convenirlo para proceder más tarde a su ejecución. El ámbito del contrato real coincidiría así, en sustancia, con el del contrato manual, entendido éste como aquel contrato en el que ejecución y conclusión se realizan al mismo tiempo. También GARRIGUES, al estudiar los contratos bancarios, advierte que cuando se concierta un contrato de préstamo con un banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el

[1] El Código civil se apartó expresamente del Proyecto de 1851, que configuraba a los contratos de préstamo como consensuales.

JORDANO BAREA (*La categoría de los contratos reales,* Barcelona, 1958, pp. 97-108) enumera las siguientes justificaciones del requisito de la entrega dentro del pensamiento tradicional que reconoce la categoría de los contratos reales.

a) La entrega como presupuesto o elemento autónomo del contrato. La entrega, pues, sería un elemento esencial del negocio, requisito de existencia o elemento constitutivo. O bien, según otros autores, si la entrega no es un requisito de existencia, a falta del cual no surge contrato alguno, es un requisito de cualidad, que caracteriza la presencia de un particular contrato (mutuo, comodato, etc.), a falta del cual nace un negocio diverso; o un contrato preliminar o precontrato, o un contrato consensual atípico.

b) La entrega supone la forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse. Quien promete dar gratuitamente a préstamo no entiende normalmente que asume un vínculo jurídico; el carácter vinculante de su promesa surge sólo del hecho de la entrega; antes podrá tal vez sentirse obligado moralmente, pero no jurídicamente. En otras palabras, la entrega no es más que la «forma esencial» de expresar la voluntad vinculatoria.

c) La entrega es una exigencia funcional de los contratos reales.

d) La entrega es un requisito afín al de la forma en los contratos formales, en que se exige como elemento constitutivo.

préstamo es perfecto y la entrega o entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos.

La configuración tradicional plantea entonces la cuestión de la eficacia y obligatoriedad de los acuerdos por los que una de las partes promete a la otra, que acepta, dar una cosa en comodato o en préstamo. El Código civil no lo prohíbe y ello encaja en el molde del contrato (art. 1.254). También la tradición histórica en que se asienta la categoría de los contratos reales lo admite. POTHIER decía que había entonces una promesa de prestar, no un contrato de préstamo, el cual se formaría únicamente cuando en ejecución de la promesa se haya entregado la cosa.

Sin embargo, se hace necesario ante todo precisar cuándo se ha manifestado un consentimiento con intención de vincularse jurídicamente y cuándo con intención de cumplir un deber de amistad o de cortesía. Si yo prometo a mi amigo Juan prestarle el coche para hacer un viaje o la cantidad de dinero necesaria a este fin, no me considero obligado jurídicamente como se considera el Banco frente al cliente al que concede un determinado crédito. Por eso, salvo en el préstamo a interés, será difícil apreciar la existencia de una vinculación jurídica previa a la entrega.

Supuesto que no hay inconveniente legal en pura teoría para el reconocimiento de los convenios que obliguen a entregar una cosa en préstamo, es claro que la fase anterior a la entrega se encuentra huérfana de regulación. Algunos Códigos resuelven el problema surgido por un cambio en las circunstancias del prestatario, que ponen en peligro el cumplimiento de su deber de restitución, facultando entonces para no cumplir con la obligación de entrega [2]. Según GARCÍA GOYENA, como estos contratos son de gracia o beneficencia y *nemini officium suum debet esse damnosum,* podrán los Tribunales relevar el cumplimiento de la promesa, cuando sobrevenga alguna justa causa a su prudente arbitrio, puesto que pueden hacerlo aun después de consumado el contrato (vid. arts. 1.749 y 1.776 C.c.) [3].

III. EL COMODATO: DEFINICION Y CARACTERES

La definición del comodato se encuentra contenida en el artículo 1.740 del Código civil que conocemos ya: es un contrato en virtud del cual el comodatario recibe una cosa no fungible para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual ha de restituirla. En realidad, es un préstamo de uso, cuyas notas características son la gratuidad y la duración temporal.

El comodato supone un préstamo esencialmente gratuito (art. 1.740, p. 2.º). Si interviene algún emolumento la convención deja de ser comodato (art. 1.741).

[2] Art. 1.822 del Código italiano de 1942; parágrafo 610 del B.G.B.

[3] JORDANO BAREA aplica por analogía la disposición del artículo 1.467 C.c.

En tal hipótesis quedaría transformado el contrato en otro de naturaleza diferente, que sería probablemente un arrendamiento.

La cesión del uso, que el comodato supone, tiene una duración temporal. El uso se otorga por el comodante por cierto tiempo (art. 1.740). La duración puede encontrarse expresamente estipulada por los contratantes (v. gr., diez días, un mes, un año). A falta de pacto, la restitución habrá de realizarse cuando se concluya el uso pactado (art. 1.749). Si no se pactó la duración ni tampoco el uso al que haya de destinarse la cosa prestada, se acudirá a la costumbre de la tierra para determinar aquel uso y, en defecto de ésta, la duración queda al arbitrio del comodante. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario (art. 1.750).

El objeto del contrato de comodato lo constituyen, según el Código, cosas que no se consumen por el uso, pues en este sentido, como hemos dicho ya, es en el que se utiliza la expresión cosas fungibles en el artículo 1.740. Es unánime, sin embargo, la opinión de que ello no implica la imposibilidad de un comodato que recaiga sobre cosas consumibles, siempre y cuando el uso pactado no lleve aparejada su consumición. Así, por ejemplo, el préstamo de botellas de licores raros para exponerlos al público *(ad pompam vel ostentationem).*

Ante la falta de normas especiales en materia de capacidad rigen las reglas generales de la contratación. Sin embargo, como el comodatario adquiere un derecho de usar la cosa que se le entrega, es menester que el comodante tenga sobre ella, si no es propietario, un derecho que le autorice para ceder la facultad de uso. Por eso, el titular de un derecho personalísimo e intransmisible (v.gr., el uso o la habitación, según el art. 525) no puede ceder la cosa en comodato.

A) El derecho de uso del comodatario

Según el artículo 1.741, el comodatario tiene un derecho de uso respecto de la cosa entregada, que se limita a esta misma cosa y no adquiere sus frutos, ni le convierte en ningún caso en titular de un derecho real. El comodante, obviamente, conserva la propiedad de la cosa prestada si es suya (art. 1.741).

El artículo 1.742 admite que las obligaciones que nacen del comodato pasen a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación de la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada. La regla inicial no parece ser otra cosa que una aplicación particular del precepto genérico del artículo 1.257. La segunda entraña un límite respecto del derecho de usar la cosa prestada.

No existe en el Código ninguna norma que se refiera a las posibles cesiones *inter vivos* de los derechos derivados de este contrato, que sólo parecen posibles con el consentimiento del comodante como cualquier cesión de un contrato.

B) Las obligaciones del comodatario

Dado que el comodatario tiene la obligación de restituir, debe conservar la cosa prestada con la diligencia de un buen padre de familia, salvo que se haya pactado otra (arts. 1.094 y 1.104). Además, ha de satisfacer, dice el artículo 1.743, los gastos *ordinarios* que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa. Estas obligaciones tienen un fundamento lógico: para el uso, puesto que él la disfruta, y para la conservación, porque ha de devolverla (p. ej., gastos de garaje del coche que nos han prestado). En todo caso deben ser ordinarios, en otras palabras, normales.

La obligación de restituir es ineludible. El artículo 1.747 le niega el derecho de retención a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas, obligación del comodante de la que trataremos después.

La responsabilidad del comodatario la señala con carácter general el artículo 1.746: no responde de los deterioros sobrevenidos a la cosa por *el solo efecto de su uso* y sin culpa suya. Sin embargo, el artículo 1.744 agrava esta responsabilidad, haciéndolo responsable de la pérdida, aun por caso fortuito en estos dos casos: 1.° Cuando destinó la cosa a un uso distinto de aquél para el que se prestó. 2.° Cuando la conserva en su poder por más tiempo del convenido. Pero si ello es así para la pérdida, también debe serlo para los deterioros.

El destinar la cosa a uso distinto del pactado implica un incumplimiento voluntario y consciente de la obligación que se contrajo y por ello se sanciona al comodatario. La no devolución a la terminación del comodato es un supuesto de mora previsto en el artículo 1.096, párrafo 3.°. Pero tanto en un caso como en otro debe corregirse la sanción con el artículo 1.896, párrafo 2.°, por lo que cuando el comodatario pruebe que la pérdida o deterioro hubiese afectado a la cosa aunque estuviese en poder del comodante, quedará libre de responsabilidad.

Según el artículo 1.745, «si la cosa prestada se entrega con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de esta responsabilidad». La tasación es una asunción de garantía, pero no faculta para dejar de entregar la cosa a cambio de la estimación.

Cuando la cosa se ha prestado conjuntamente a más de un comodatario, el artículo 1.748 establece la solidaridad entre ellos, como excepción legal a la regla de la no presunción de solidaridad del artículo 1.137.

C) Las obligaciones del comodante

El contrato de comodato sólo engendra obligaciones para el comodatario, que son las que ya hemos referido y por ello es un contrato unilateral. Sin embargo, sin que se altere esta naturaleza, puede suceder que durante el desarro-

llo de la relación el comodante contraiga obligaciones respecto al comodatario. Son éstas las previstas en los artículos 1.751 y 1.752.

El artículo 1.751 establece el deber del comodante de abonar los gastos extraordinarios causados para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueran tan urgentes que no pudiera esperarse el resultado del aviso sin peligro. Por tanto, si hubiere mediado aviso, el comodante debe de dar su conformidad al gasto, bien de manera expresa o tácita.

Los gastos *extraordinarios de conservación* no son de cargo del comodatario sino los ordinarios. Pero cabe preguntarse si el comodante está obligado a realizarlos, a lo que debe responderse negativamente por la misma naturaleza del comodato: préstamo de uso *gratuito,* al que repugna que el comodante tenga que realizar gastos para que el comodatario no vea perturbado su derecho de uso. De ahí que el Código civil parezca referirse, cuando le obliga el reembolso, más bien a una gestión de negocios que el comodatario ha llevado a efecto en caso de extrema urgencia en interés del comodante, pero fuera de tal hipótesis necesita autorización de este último, expresa o tácita.

El artículo 1.752 establece la responsabilidad del comodante por los daños causados al comodatario como consecuencia de los vicios que tuviera la cosa prestada, si los conocía y no se los hubiera hecho saber. Tal consecuencia, que debe extenderse a la culpa lata (pudo conocerlos si se hubiera tomado una pequeña molestia), deriva de una falta a la buena fe en la perfección del contrato, que se ha puesto de manifiesto durante su vida, y configura un caso de responsabilidad precontractual. Por supuesto, el comodatario ha de ser ignorante de los vicios, es decir no podrá reclamar nada si eran manifiestos o pudo conocerlos por razón de su oficio o profesión (art. 1.484, por analogía).

D) Extinción del comodato

El comodato se extingue al finalizar el plazo de duración pactado, o determinado tácitamente por la fijación del uso para el que se presta la cosa, que lo mismo puede hacerse por las partes que, en su defecto, determinarse por la costumbre de la tierra. Sin embargo, si el comodante tuviere urgente necesidad, podrá reclamar la restitución (arts. 1.749 y 1.750). Si la duración del comodato no se puede fijar de acuerdo con los criterios anteriores, el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad (art. 1.750, p. 1.°).

IV. EL PRECARIO

La institución del precario, de rancio abolengo histórico, se encuentra en nuestro Derecho incardinada dentro de la regulación del comodato, del que a veces se entiende que es una simple variante. Sin embargo, para perfilar esta difícil figura hay que tener en cuenta las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al juicio de desahucio y especialmente las referentes al llamado desahucio por precario, pues los artículos 1.564 y 1.565 otorgan legitimación para promover el juicio de desahucio a los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o cualquier otro que les dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes, contra cualquier persona que disfrute o tenga *en precario* la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuera requerida con un mes de anticipación para que la desocupe. Finalmente, tampoco deben olvidarse en este momento las reglas que el Código civil dedica, en materia de posesión, a la posesión meramente tolerada, como ocurre en especial con el artículo 444.

Sobre estas premisas, la doctrina y la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo parecen oscilar entre dos polos diferentes. Según una dirección, el precario será una especie de comodato, permite el uso de una cosa, si bien el comodante puede reclamarla a su voluntad [4]. De acuerdo con la otra, el precario es una pura situación posesoria nada más, no contractual. Roca Sastre ha señalado que el concepto de precario elaborado por el Tribunal Supremo comprende casos de *posesión concedida,* de posesión *tolerada* y de posesión *sin título.* La primera tiene su causa en una concesión graciosa, que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente. En la posesión tolerada, hay una situación iniciada por el precarista sin previa concesión o voluntad expresa, pero que implica una actitud de condescendencia o de beneplácito, que es también revocable en cualquier tiempo. Por último, se suelen colocar dentro del concepto de precario, a efectos sobre todo de otorgar la acción de desahucio y evitar que el dueño tenga que acudir a una acción reivindicatoria, los supuestos de posesión sin título, aunque en rigor tales hipótesis desbordan por completo el genuino concepto del precario. Desde este punto de vista se consideran precaristas los poseedores completamente carentes de título y también aquellos que tuvieron título para poseer cuando el título ha perdido su eficacia con posterioridad. Por ejemplo, el vendedor que permanece en la posesión de la cosa después de consumada la venta; el arrendatario que continúa en la finca, transcurrido el término del arrendamiento, etc.

Resumiendo, podemos apuntar que el precario es una situación posesoria que en ocasiones puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato, y que en otras ocasiones puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos.

En todo caso, para que se pueda hablar de precario es requisito la falta de pago de merced. Es muy numerosa la jurisprudencia recaída en torno a su-

[4] Supuesto en el cual ha de incluirse el del artículo 1.750, párrafo 1.°.

puestos en que existían prestaciones a cargo del precarista. Si estas prestaciones se hacen a título de merced o como pago de lo concedido, no hay precario. En cambio puede haberlo, si el poseedor pagaba cantidades en contraprestación por el uso (v.gr., recibos de luz, gastos de comunidad de la vivienda, etc.). Ha de interpretarse, pues, la voluntad de las partes en cuanto a la función de esos pagos. En principio, y salvo pacto en contrario, los gastos de mero uso no desnaturalizan el precario.

V. EL SIMPLE PRESTAMO O MUTUO

A) Definición y caracteres

De acuerdo con el artículo 1.740, el simple préstamo, llamado también mutuo, consiste en el contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero o alguna cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Sabemos, sin embargo, que el mutuo recae sobre cosas que se consumen por el uso, por lo que el artículo 1.752 puntualiza que el prestatario adquiere la propiedad de las mismas y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. El derecho de propiedad del prestamista se transforma en un simple derecho de crédito. Del dinero sólo puede hacerse uso en cuanto se disponga de él. De ahí que la finalidad del mutuo exija que el prestatario reciba la facultad de disposición sobre la cantidad recibida.

El mutuo posee dos características: la temporalidad y la *normal* gratuidad. Efectivamente, la restitución del prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo, pues de lo contrario se realizaría un cambio de prestaciones iguales de una manera simultánea, lo que carece de sentido. Por otra parte, en el Código civil es un contrato normalmente gratuito. No se deben intereses a menos que hayan sido expresamente pactados (art. 1.755).

B) Capacidad de las partes

Aparte de la general capacidad para contratar[5] hay que tener en cuenta las siguientes normas:

1.ª El menor emancipado no puede tomar por sí solo dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres, o, en su defecto del curador (art. 323 en relación con 286.1.°). La misma limitación tiene el menor que estaba sometido a tutela y obtuvo el beneficio de la mayoría de edad, pero el consentimiento, lo debe dar el curador (art. 323, párrafo último, en relación con art. 292).

[5] La sentencia de 26 de junio de 1978 dice que tomar dinero a préstamo es acto de carácter dispositivo, por lo que el poder para administrar es insuficiente.

2.ª El tutor no puede sin autorización judicial dar ni recibir dinero a préstamo (art. 272.5.°).

C) Obligaciones del prestatario

Su obligación fundamental es la de restituir, que si es dinero se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170. Si es otra cosa fungible o una cantidad de metal no amonedado, deberá entregar una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, *aunque sufra alteración en su precio* (art. 1.754). Obsérvese que el problema es el de la alteración de precio, guardando silencio el precepto cuando hay imposibilidad objetiva de su entrega. Contrasta este silencio con la regulación que hacía el Proyecto de 1851, donde se obliga a pagar al prestatario la estimación (art. 1.647), o con el artículo 312 del Código de Comercio de 1885, que adopta análoga solución. Puede deducirse de ello que el legislador no quiso alterar en los préstamos civiles el régimen general de las obligaciones[6].

Esta obligación se cumplirá en el plazo estipulado. A falta de estipulación se aplicarán los artículos 1.125 y siguientes.

VI. PRESTAMO CON INTERESES

Es admisible el pacto de pagar intereses siempre que sea expreso (art. 1.755). Ha de existir, por tanto, convención al respecto, que revista cualquier forma (oral o escrita)

Pero a continuación dispone el artículo 1.756 que «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital». La contradicción formal con el artículo 1.755 es patente. Para resolverla se ha acudido a la idea de obligación natural, suponiendo que el goce de un capital prestado engendra la obligación de este tipo de pago de intereses. Esta explicación debe abandonarse, pues con la proclamación de la natural gratuidad del préstamo (art. 1.735) el legislador está diciendo precisamente lo contrario. Creemos que ese pago lo considera el Código civil como revelador de que existió convención de pagar intereses. Ello conduce a afirmar que el prestatario ha de seguir pagándolos también en el futuro, pero puede impugnar el pago por error si demuestra que no existió tal pacto.

La cuantía de los intereses puede ser fijada libremente por las partes, salvo la sanción por usura. La Ley de 14 de marzo de 1856 abolió la tasa del interés.

Los intereses vencidos son susceptibles de capitalizarse (es decir, ser consi-

[6] Caffarena Gómez (*«Genus nunquam perit»*, A. D. C., 1982, p. 291) razona extensamente en pro de una aplicación analógica del artículo 312 C. de C.

derados como capital debido) y devengar nuevamente intereses (anatocismo). Este resultado se produce por vía legal o convencional.

Por vía legal lo impone el artículo 1.109: «Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto».

La vía convencional no está prohibida en nuestro Derecho. Incluso su validez cabe sustentarla en el propio artículo 1.109 («aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto»). La jurisprudencia se muestra inclinada a ello (Ss. de 6 de febrero de 1906, 21 de octubre de 1911 y 25 de mayo de 1945).

A) Represión de la usura. La Ley Azcárate de 23 de julio de 1908

Se debe a la iniciativa de don Gumersindo Azcárate y tiene por finalidad la represión de los préstamos usurarios. En lugar de volver al sistema primitivo y desacreditado por ineficaz, consistente en tasar el tipo de interés de los préstamos, faculta a los Tribunales de una manera amplia para anular los contratos de préstamo en los que concurran las circunstancias prevenidas en la citada disposición legal (art. 2.°).

El artículo 1 de la misma establece: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias».

Esta redacción, poco precisa y desafortunada técnicamente, cobija tres tipos de préstamos usurarios: *Primero.* Los que contienen estipulación de un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, que hacen presumir al legislador la falta de libertad del prestatario para aceptarlos. *Segundo.* Aquellos en que se consignen condiciones tales que resulten leoninos o pactados en forma de que todas las ventajas sean para el acreedor, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a consecuencia de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. *Tercero.* Los contratos en los que figure mayor cantidad recibida que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias, aun cuando en ella se incluyesen los posibles intereses o rentas pactadas, sin necesidad de concurrir otro requisito (Ss. de 15 de diciembre de 1965, 24 de mayo de 1969 y 19 de diciembre de 1974) [7].

[7] Esta dirección jurisprudencial justa se opone a otra más estricta, según la cual sólo hay dos clases de préstamos usurarios: aquellos en que se afirma recibida mayor cantidad que la entregada, y los contratos en los que se pacta un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, y que haya motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales (Ss. de 13 de octubre de 1934 y 10 de junio de 1940, entre otras).

El interés es toda prestación pactada a favor del prestamista, cualquiera que sea la denominación que se le dé. Por tanto, no sólo se medirá la cuantía de los intereses en proporción al importe de la suma adeudada, sino también el importe de cualquier otra prestación (S. de 30 de junio de 1967, en cuyo supuesto el prestatario había de pagar una suma fija por cada unidad de peso vendida).

Especial atención hay que poner al juego de los intereses en épocas de inflación, pues a través de ellos se persigue una lícita defensa contra la erosión de la capacidad adquisitiva del capital prestado, además del rendimiento que sea procedente. Lo que no parece lícito, sin embargo, es la combinación de cláusulas estabilizadoras del capital, y altos intereses, que sólo se justifican, dando por sentado la prudencia de esa «altura», para aquella defensa.

La nulidad se predica también en toda operación sustancialmente equivalente *a un préstamo de dinero,* cualquiera que fuere la forma jurídica que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, mediando naturalmente cualquiera de los requisitos exigidos para la calificación como usuario de un préstamo (art. 9.°).

Una reiterada jurisprudencia afirma que la Ley de 1908 es aplicable a los préstamos mercantiles (S. de 13 de noviembre de 1975).

El éxito de la acción de nulidad lleva consigo la restitución de las cosas al estado que tenían antes del contrato. El prestatario —dice el artículo 3— tan sólo entregará la *suma recibida,* y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total percibido, exceda del *capital* prestado.

La acción ha de ejercitarse dentro de un plazo determinado, pues la Ley de 1908 no declara expresamente la nulidad radical del contrato con su secuela de imprescriptibilidad de la acción. Pero al no fijar tampoco aquel plazo se estará al general de quince años (art. 1.964) (Ss. de 14 de diciembre de 1949 y 27 de octubre de 1960), debiendo ejercitarse la acción mientras el contrato no esté consumado (S. de 2 de noviembre de 1982). Más correcta parece la tesis de que el contrato es radicalmente nulo, no susceptible de confirmación, por lo que no tiene razón de ser ni la prescriptibilidad de la acción, ni la necesidad de su ejercicio mientras el contrato no está consumado.

B) ESTABLECIMIENTOS DE PRÉSTAMOS SOBRE PRENDAS

Quedan sujetos a los reglamentos que les conciernen (art. 1.757).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

CARRESI: *Il comodato. Il mutuo (T. Vasalli)*, Turín, 1954; FLORES MICHEO: *Los negocios de crédito*, R.J.C., 1962, p. 36; GARCÍA CANTERO: *Préstamos, usura y protección de los consumidores*, Actualidad civil, núm. 3 de 1989; GUILARTE GONZÁLEZ: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, EDERSA, t. 22, vol. 1, Madrid, 1982; JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958; LATOUR: *El precario*, R.D.P., 1959, p. 1065; ESTASEN: *La ley sobre préstamos usurarios*, R.G.L.J., 1910, p. 5; LEZÓN: *Los préstamos usurarios y las ventas con pacto de retro*, R.D.P., 1919, p. 332; MARTÍN-RETORTILLO: *El comodato en nuestros días*, A.D.C., 1951, p. 839; *El precario en el Derecho civil español*, Madrid, 1948; HINOJOSA: *Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios*, R.D.P., 1934, p. 242.; SAVATER BAYLE: *Préstamo con interés, usura, cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986; SIMONETTO: *Los contratos de crédito*, trad. esp., Barcelona, 1958; VALLÉS Y PUJOLS: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933.

31. EL DEPOSITO

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DEPOSITO

El artículo 1.758 del Código civil dice que «se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla». Inmediatamente después de esta caracterización general de la situación jurídica de depósito que ha hecho sin atender a las fuentes de donde nace, distingue el propio Código un depósito extrajudicial, que puede ser contractual o necesario, y un depósito judicial, que denomina secuestro. Parece, pues, que aunque sistemáticamente sitúe la figura del depósito dentro del marco de los contratos, coloca dentro de su regulación toda una serie de supuestos, contractuales los unos y no contractuales los otros, en los que la nota común es la obligación de custodiar. La custodia, como específico objeto de una obligación, constituye una forma particular de servicio o de *facere*, que consiste en realizar los actos necesarios para la guarda y conservación de una cosa con la final restitución de la misma, y es la esencia del depósito. Ciertamente que la custodia es aneja a toda obligación de entrega o de restitución y se localiza destacadamente en aquellas relaciones jurídicas que otorgan la posesión y un conjunto de facultades sobre cosas de otro (arrendamiento, comodato, usufructo, etc.), pero en el depósito pasa a ser obligación principal, fundamental o específica: no hay ninguna otra finalidad en la detentación de la cosa por el depositario.

El artículo 1.758 exige que el depositario reciba una cosa ajena, por lo que es claro que el Código civil rechaza la posibilidad de que haya un depósito de cosa propia. Sin embargo, el legislador en determinadas ocasiones acude al recurso de imponer a un propietario las responsabilidades civiles y criminales del depositario sobre una cosa respecto de la cual otra persona tiene derechos, con el fin de reforzar la garantía de los mismos, pero sin que ello signifique que la situación creada sea la de un auténtico depósito. Así en el artículo 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, ante la falta de desplazamiento de la cosa para la constitución de la prenda en contra de la norma imperativa del artículo 1.863 C.c., o cuando se nombre depositario de una cosa embargada al mismo deudor ejecutado (lo que no prohíbe la Ley de Enjuiciamiento Civil).

II. CLASES DE DEPOSITO

Después de definir el depósito en el artículo 1.758, dice el artículo 1.759 que el depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente agrupando a continuación una serie de preceptos bajo la rúbrica «Del depósito propiamente dicho» y otros bajo la «Del secuestro».

El depósito extrajudicial es al que el Código llama también «depósito propiamente dicho», y lo subclasifica en depósito voluntario y necesario.

El depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante (art. 1.763). El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes (art. 1.781).

Por último, el depósito judicial, al que el Código llama secuestro, «tiene lugar cuando se decrete el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos» (art. 1.785).

III. EL DEPOSITO VOLUNTARIO

Como hemos dicho, en este depósito la entrega se hace por voluntad del depositante (art. 1.763). Constituye un contrato, que, de acuerdo con la construcción de nuestro Código civil, pertenece a la categoría de los contratos reales, por lo que las obligaciones de custodia y restitución del depositario sólo surgen a partir del momento de la entrega de la cosa. Según el artículo 1.758, el depósito se constituye «desde que se recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla». La misma crítica y revisión de la figura de los contratos reales que quedó expuesta al estudiar los contratos de préstamo puede ser trasladada aquí.

El depósito es finalmente un contrato gratuito salvo pacto en contrario (art. 1.760), lo que implica que es un contrato normalmente unilateral, pues creará obligaciones principales únicamente para el depositario. Sólo se transforma en bilateral cuando, a cambio de aquellas obligaciones, el depositante asume la obligación de pagar una retribución por la actividad que el depositario realiza en su favor. No obstante, el artículo 1.760 debe interpretarse de forma que se aproxime al párrafo 2.° del artículo 1.711, de manera que si el despositario tiene como ocupación profesional los servicios de custodia, debe entenderse que el depósito es retribuido.

A) LOS SUJETOS DEL DEPÓSITO: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Para celebrar un contrato de depósito es suficiente la capacidad general para contratar y no es necesario que el depositante sea el propietario de la cosa depositada. El Código se limita a disponer que en los casos de cosas hurtadas, si el depositario llega a descubrir que la cosa es hurtada y quien es el verdadero dueño, debe hacer saber a éste el depósito y si el dueño, a pesar de ello, no reclama la cosa en el término de un mes, el depositario queda libre de toda responsabilidad devolviendo la cosa depositada a aquél de quien la recibió (art. 1.771).

En materia de capacidad de los sujetos del contrato, el Código establece

algunas reglas especiales, que son producto de un claro casuismo determinado por la tradición histórica.

1.° La primera hipótesis que el Código contempla en el artículo 1.764 es que el depositante sea incapaz y el depositario capaz. Según el artículo citado, el depositario queda obligado como tal y debe devolver la cosa al representante legal de la persona que hizo el depósito o a esta misma si llega a tener capacidad. Lo cual es una consecuencia obligada de las reglas generales en materia de capacidad contractual, pues el contrato no será nulo sino anulable y en virtud del artículo 1.302 las personas capaces (en nuestro caso, el depositario) no puede demandar la anulación de los contratos por ellas concluidos con un incapaz. De ahí que el Código diga que la persona capaz «queda sujeta a todas las obligaciones del depositario». Por tanto, mientras el contrato no se anule, surte todos sus efectos.

2.° La segunda hipótesis es la del depositante capaz y depositario incapaz. Según el artículo 1.765, en este caso «sólo tendría el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiera enriquecido con la cosa o con el precio».

Creemos que la finalidad de este precepto no es limitar la acción reivindicatoria del depositante, ni tampoco convalidar las adquisiciones que los terceros puedan hacer de la cosa al contratar con el depositario incapaz, sino regular las relaciones entre éste y el depositante. Obsérvese que aquel depositante ni siquiera puede tener la acción reivindicatoria por no ser propietario de la cosa. En realidad, el Código civil alude a la acción de restitución que nace del depósito y que en el depositario se detiene.

Tales relaciones parten de la existencia de un contrato anulable celebrado entre una persona capaz y otra incapaz, por lo que aquélla no podrá pedir nunca la nulidad del contrato. Para esto sólo estarán legitimados el representante legal del incapaz y este último cuando recobre la capacidad (art. 1.302).

Si fuera declarada la nulidad del contrato, se produciría el efecto restitutorio, que queda consagrado por el artículo 1.765, que en alguna medida es repetición del artículo 1.304. Aunque sea incapaz, el depositario debe restituir la cosa siempre que la tenga en su poder. A la misma conclusión —existencia de la obligación de restituir—, habrá que llegar si el contrato no fuera anulado. El inciso final del artículo 1.765, para los casos de imposibilidad de restitución, estatuye una regla que coincide también con la del artículo 1.304. La obligación de restituir no queda sustituida por la del pago del equivalente pecuniario, sino sólo por la de abono en la medida del enriquecimiento experimentado por el incapaz con la cosa o con el precio, precisamente en atención a su incapacidad como contratante.

Por último, respecto de terceros, como ya hemos dicho, el artículo 1.765 no limita la acción reivindicatoria (si el depositante es propietario) ni convalida las adquisiciones que aquéllos puedan haber llevado a cabo. La limitación de la acción reivindicatoria y la posible convalidación de las adquisiciones de

los terceros tendrán que proceder de otra regla: la que protege al adquirente de buena fe (art. 464).

B) La incapacidad sobrevenida del depositante

La regula el artículo 1.773, estableciendo que, en este caso, el depositario ha de devolver el depósito a los que tengan la administración de los bienes y derechos de aquél.

¿Qué sucede, en cambio, cuando la incapacidad sobrevenida la experimenta el depositario? El Código no regula esta hipótesis, en la que parece claro que el contrato tampoco deja de ser válido. Si los representantes legales del depositario devenido incapaz conocen el hecho del depósito, deberán ellos ejecutar la obligación de restitución y asumirán además la obligación de diligente conservación.

Creemos que la incapacidad sobrevenida del depositario debe ser justo motivo para la restitución del depósito antes del término convenido, con fundamento en el artículo 1.766.

C) La pluralidad de depositantes y de depositarios

El artículo 1.772 regula la existencia de una pluralidad de depositantes, diciendo que cuando sean dos o más, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte, y que cuando haya solidaridad o la cosa no admite división, regirá lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.142.

Este fenómeno de pluralidad de depositantes, muy frecuente en la práctica de los negocios (v. gr., depósitos bancarios de títulos), conduce a regímenes jurídicos diferentes, según que se trate de depósitos solidarios o indistintos y de depósitos conjuntos o mancomunados. Para decidir cuándo se está en presencia de uno u otro tipo deberá tenerse en cuenta lo pactado expresamente por las partes, interpretado o integrado, en su caso, de acuerdo con los usos de los negocios, y aplicando finalmente la regla de no presunción de la solidaridad del artículo 1.137.

Si el depósito es solidario, también llamado indistinto, nos encontramos ante una solidaridad activa o de acreedores, pues los depositantes son los acreedores de la obligación de restituir. Debe, por consiguiente, estarse a lo dispuesto con carácter general en el régimen de las obligaciones con solidaridad activa, aunque el Código en el artículo 1.772 se remita únicamente a los artículos 1.141 y 1.142, probablemente porque el resto de ellos se refieren más bien a supuestos de solidaridad pasiva o de deudores. Por otra parte, sobre los depósitos indistintos tiene declarado el Tribunal Supremo como doctrina que no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que dispongan los Tribunales sobre la propiedad de ellos; puede demostrarse, por prueba en contrario, que son solamente de alguno o algunos depositantes, y que el propietario-depositante, aunque como depositantes figuren varios, no pierde su propiedad, por lo que a su fallecimiento corresponde a sus herederos y no a ninguno de los otros depositantes (S. de 24 de marzo de 1971).

Si el depósito no es solidario, según el Código hay que distinguir según que recaiga sobre cosas divisibles o indivisibles. En el primer caso, cada depositario no puede pedir más que su parte y en el segundo se aplican las reglas establecidas para la solidaridad (en lugar de las señaladas para las obligaciones indivisibles).

Cuando el depósito es conjunto, todos los depositantes han de pedir la restitución.

Nuestro Código civil no dice nada respecto de la hipótesis de pluralidad de depositarios, por lo que creemos que deben aplicarse las reglas generales en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos, como son la primacía del acuerdo de las partes, la no presunción de la solidaridad en caso de duda sobre si se ha establecido o no, y la observación del carácter divisible o indivisible de la cosa, para decidir en último término si cada depositario es deudor sólo de una parte o todos en conjunto (si es indivisible la cosa depositada) o puede reclamarse la cosa a cualquiera de ellos (depositarios solidarios).

D) El objeto del depósito. El llamado depósito irregular

El artículo 1.761 dice solamente que pueden ser objeto de depósito extrajudicial las cosas muebles, sin más especificaciones sobre sus características. Es claro que las cosas determinadas tienen aptitud para ello, lo mismo que las fungibles que se entregan al depositario de forma individualizada. Así, v. gr., dinero en un sobre cerrado. Pero se ha cuestionado si cabe depósito de cosas fungibles aunque la entrega no se realice en estas condiciones. Concretamente, el depósito de dinero se ha considerado como un «depósito irregular», en el que el depositante pierde la propiedad por confundirse en el patrimonio del depositario, transformándose la obligación de restitución, pues ha de desenvolverse únicamente el *tantundem,* no la misma cosa depositada.

Los precedentes de nuestro Código son claros y terminantes acerca de que se quiso desterrar esa figura con los artículos 1.767 y 1.768. El primero prohíbe al depositario usar la cosa depositada sin permiso *expreso* del depositante, y el segundo dice que cuando existe tal permiso, el depósito se convierte en préstamo o en comodato. Implícitamente, pues, no es enemigo el Código civil de un depósito de cosas fungibles (pues para esa conversión en préstamo se debieron entregar cosas fungibles), lo único que proscribe es que el depositario pueda seguir siendo tal si tiene permiso expreso para el uso de ellas. García Goyena, comentando los análogos preceptos del Proyecto de 1851, dice

que responden a la idea de suprimir el depósito irregular, que no lo vinculaba al objeto sobre el que recaía el depósito, sino a la existencia o no del susodicho permiso. Por otra parte, el Código civil conoce del depósito de «dinero» y el de cosas fungibles, pues habla de depósito de cosa susceptible de división, cualidad que poseen las que se pueden pesar, medir y contar, circunstancias éstas que se dan en aquéllas (arts. 1.770 y 1.772).

Si se sigue el criterio (legal) de que el permiso no se puede deducir del hecho de que el objeto no sea determinado, entonces en el genuino depósito de dinero o de cosas fungibles no se transmite su propiedad al depositario, no ha sido intención del depositante convertirse en un mero acreedor del *tantundem* a modo de prestamista. Pero si quedan confundidas en el patrimonio del depositario, por su voluntad, con su dinero o con otras cosas fungibles de tal modo que pierdan su identidad e impidiéndose así su reclamación específica, en pura teoría se produciría un fenómeno de conmixtión (arts. 381 y 382).

La jurisprudencia, sin embargo, sigue la línea tradicional de considerar que en estos depósitos pierde la propiedad el depositario sustituyéndola por un crédito por el *tantundem* contra el depositante (S. de 19 de septiembre de 1987).

La cuestión tiene unos caracteres más claros en los depósitos bancarios de dinero, por cuanto éstos se rigen por los Estatutos de tales entidades (art. 310 C. de c.), en los que se especifica que la obligación del Banco es la devolución del *tantundem*. El cliente confía en la solvencia del Banco para ello, de modo análogo a la confianza que inspira al depositante el depositario en cuanto a la restitución de la *misma* cosa depositada.

E) Las obligaciones surgidas del contrato de depósito

El contrato de depósito es unilateral, genera obligaciones a cargo del depositario, y puede generarlas también a cargo del depositante como consecuencia de su desarrollo, no siendo correlativas o recíprocas a las de aquél. Sólo en el caso de que se haya pactado una retribución existirá tal reciprocidad.

a) *A cargo del depositario.* Tiene como obligación fundamental la de custodia de la cosa recibida, que se sustancia en su conservación, mantenimiento en la misma forma y preservación de posibles daños.

El depositario goza de amplia libertad en el modo de cumplimiento de la obligación de custodia, salvo que se hayan convenido las modalidades. La buena fe (art. 1.258) tolera que ante circunstancias imprevistas pueda el depositario alterar la convención (arg. art. 1.774, p. 2.°).

La custodia no entraña por sí misma ningún deber de administración de la cosa depositada, pero sí la de recoger y custodiar sus frutos, productos y accesiones (arg. art. 1.770, p. 1.°).

La responsabilidad del depositario por razón de la custodia se rige por las reglas generales aplicables a todo deudor (art. 1.766). No obstante, el artículo 1.769 sienta una presunción de culpa del depositario, destruible por prueba

en contrario, si la cosa se le entregó «cerrada y sellada», y el sello o la cerradura hubiesen sido forzados: ha de responder de los daños y perjuicios, y en cuanto al valor de lo depositado, «cuando la fuerza le sea imputable», se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario.

b) *A cargo del depositante.* Está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido como consecuencia del depósito (art. 1.779). Los gastos han de ser los necesarios de conservación, no los derivados del cumplimiento de la propia obligación de custodia que el depositario ha asumido. Por otra parte, no dispensa el Código civil de esta obligación al depositante si el depósito es retribuido.

También está obligado el depositante, en este último supuesto, a pagar al depositario la retribución convenida.

Para constreñir al depositante al cumplimiento de sus obligaciones, se concede al depositario un derecho de retención de las cosas depositadas (art. 1.780), es decir, se le faculta a no restituirlas hasta que se le pague, prolongando la posesión. Goza, además, de una preferencia para el cobro de sus créditos por gastos de conservación sobre el precio que se obtuviese en la enajenación forzosa del objeto del depósito (art. 1.922.1.°).

F) La extinción del depósito y la obligación de restitución del depositario

Si el depósito estaba sometido a un plazo, concluirá el contrato por la expiración de éste, aun cuando dicho plazo debe entenderse establecido en beneficio del acreedor, esto es, del depositante, quien puede, por consiguiente, reclamar la cosa aun antes de vencido, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 1.775, párrafo 1.°. El párrafo 2.°, aclara, sin embargo, que tal disposición no tiene lugar en dos casos: cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario y cuando se le haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada.

Por su parte, el depositario puede también poner fin al depósito, aun antes del término designado, pero siempre que tenga justos motivos para no conservarlo. En tal caso, si el depositante no acepta la restitución, puede el depositario proceder a la consignación judicial (art. 1.776). No aclara el precepto qué ha de entenderse por «justos motivos»; creemos que ha de aplicarse, entre otros casos, a los de incumplimiento de sus obligaciones por parte del depositante y a los de temor fundado de sufrir un daño como consecuencia de la continuación del depósito.

Extinguido el depósito, tiene el depositario obligación de restituir la cosa. Se genera así el deber de devolución, que es un puro deber de liquidación de la relación obligatoria extinguida.

La estructura de la obligación restitutoria es la siguiente. Legitimado para

exigir la restitución está el depositante, sus causahabientes y representantes y la persona designada en el contrato (art. 1.766, p. 1.°). En este último caso no se interpretará que esta persona se hace dueña de la cosa, pues el depósito no es nunca un título traslativo del dominio.

La restitución han de hacerla el depositario o sus representantes. Si el depositario hubiera fallecido, el heredero asume los derechos y obligaciones nacidos del contrato de depósito. Pero, según el artículo 1.778, si el heredero hubiese vendido de buena fe la cosa que ignoraba ser depositada, sólo estará obligado a restituir el precio que hubiese recibido por ella o a ceder sus acciones contra el comprador, en el caso de que no se le haya pagado. Naturalmente, el comprador debe estar protegido por el artículo 464 para que no prospere la acción reivindicatoria contra él (si el depositante es propietario). La buena fe del heredero no borra una hipotética adquisición irregular del tercero, es sólo un límite de su responsabilidad (que se concreta en la restitución del precio y no en daños y perjuicios), pues el precepto sólo se aplicará cuando el depositante no pueda o no quiera reclamar la cosa del tercero.

El objeto de la restitución es la misma cosa depositada con sus productos y accesiones, sin que ello signifique, según dijimos, que por razón del depósito haya un deber de administrar (art. 1.770, p. 1.°). Si lo depositado es dinero, el depositario debe intereses (legales) desde que se constituyera en mora o desde que aplicara a usos propios alguna cantidad (art. 1.770, p. 2.°).

Si la cosa depositada se hubiere perdido por fuerza mayor y el depositario hubiere recibido otra en su lugar, está obligado a restituir esta última al depositante (art. 1.777). Es una aplicación del principio de subrogación real.

La restitución ha de efectuarse en el lugar designado en el contrato. Los gastos de traslación de la cosa a ese lugar serán de cuenta del depositante, salvo pacto en contrario. Y si no se hubiese designado lugar de la devolución, se entregará donde se halle depositada, aunque este lugar no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal de que no haya intervenido malicia por parte del depositario (art. 1.774). Si ha intervenido, el depositante podrá exigir la devolución en el lugar en que se hizo el depósito, y los gastos de traslado serán de cuenta del depositario.

IV. EL LLAMADO DEPOSITO NECESARIO

El artículo 1.791 califica el depósito como necesario cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal, o cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio y otras semejantes (art. 1.781). En el primer caso su regulación será la contenida en la ley que lo establezca y en su defecto la del depósito voluntario. En el segundo, se rige por las reglas del voluntario (art. 1.782).

Atención especial merece al Código civil, la situación de los objetos introducidos por los viajeros en lo que llama fondas y mesones, calificándolo también como depósito necesario y regulándolo en los artículos 1.783 y 1.784. Dice el primero que los fondistas y mesoneros responden como depositarios, con tal de que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos.

Se trata de una responsabilidad *ex lege,* no derivada propiamente de un depósito ni consecuencia de la celebración del contrato de hospedaje. De lo contrario, no operaría cuando el viajero introduce los efectos al llegar al hotel para contratar su alojamiento, que es lo usual, y resultase que no lo logra.

El artículo 1.784, sin embargo, agrava la responsabilidad del hostelero. Dice que comprende los daños hechos a los efectos tanto por los criados o dependientes como por extraños, pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por *otro suceso de fuerza mayor.* En suma, el hostelero responde de los daños a los efectos ocasionados en el interior de su industria (por eso responde de los actos de extraños, presumiblemente sin relación alguna con el viajero perjudicado) [1], pero no los que provengan de acontecimientos de fuera de ella.

La responsabilidad del hostelero exige literalmente que se le haya dado conocimiento, a él o a sus dependientes, de los objetos introducidos. Pero es admisible que esa introducción se haga en forma normal, a la vista de ellos, y por ello usualmente no se hace ninguna declaración *ad hoc.*

El régimen de los artículos 1.783 y 1.784 puede ser modificado por la convención de las partes. En cuanto a las normales (y abusivas) advertencias de los hosteleros sobre su irresponsabilidad, habrá que estar a las normas generales sobre modificación de la responsabilidad para juzgar sobre su eficacia.

Aparte de los preceptos citados, regirán las normas sobre el depósito voluntario cuando el viajero entrega con el fin de custodia al hostelero determinados objetos.

V. EL DEPOSITO JUDICIAL O SECUESTRO. EL SECUESTRO CONVENCIONAL

Según el artículo 1.785, tiene lugar el depósito judicial o secuestro cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos. Puede recaer tanto sobre muebles como sobre inmuebles, dice el artículo 1.786. No obstante, el embargo de inmuebles no implica necesariamente su depósito. Mediante la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, se colocan en estado de que cualquier disposición sobre ellos no perjudique al acreedor

[1] De «extraños que van y vienen a las mismas fondas o mesones» hablaba el artículo 1.690 del Proyecto de 1851, precedente del actual artículo 1.783.

embargante, pues los terceros los adquirirán con la carga del embargo y afectos, por tanto, a las resultas del juicio.

El Código civil, por lo demás, dedica muy pocas reglas al depósito judicial o secuestro, limitándose a decir que el depositario no puede quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, a no ser que el juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados o por cualquier otra causa legítima (art. 1.787); y que el depositario está obligado a cumplir respecto de los bienes todas las obligaciones de un buen padre de familia (art. 1.788).

En realidad, la norma básica del secuestro judicial —que en puridad debería ser la única que el Código consagrase a esta institución, tan ligada al Derecho procesal—, es la del artículo 1.789, a cuyo tenor «en lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El secuestro puede ser también convencional, considerando como tal la medida cautelar acordada por las partes, que tiene como especialidad que la restitución ha de hacerse a una sola de ellas que inicialmente está todavía indeterminada. En nuestro Derecho positivo tal figura es un genuino depósito voluntario, que el Código refleja en el artículo 1.763 donde menciona el depósito que realizan dos o más personas, que se creen con derecho a una cosa o a parte de ella, en manos de un tercero, que debe hacer la entrega en su caso a la que corresponda.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito o comodato,* R.D.P., 1947, p. 254; CARRERAS: *El embargo de bienes,* Barcelona, 1957; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Guilarte, Marín Pérez, Roca Juan), EDERSA, t. 22, vol. 1, Madrid, 1982; DE SIMONE: *Los negocios irregulares,* trad. esp. con notas de Castán Vázquez, Madrid, 1956; FLORES MICHEO: *El depósito irregular,* R.D.P., 1962, p. 753; GARRIGUES: *El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil,* R.C.D.I., 1932, pp. 81, 161, 241, 321, 401, 481, 561 y 721; JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales,* Barcelona, 1958; MAJELLO: *Custodia e deposito,* Nápoles, 1958; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Facultad de compensar y encargo de custodia,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 2.°, p. 450.

32. EL MANDATO. LA MEDIACION

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL MANDATO

Según el artículo 1709, «por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Es evidente que el prestar algún servicio o hacer alguna cosa también es obligación del arrendatario en el contrato de arrendamiento de servicios o de obra, por lo que hay que buscar un criterio distintivo para el mandato. El dato de la gratuidad sería esencial, ya que en aquellos contratos de arrendamiento debe siempre mediar un precio, pero el Código civil da a la gratuidad un carácter natural del mandato, susceptible de pacto en contrario, e incluso sienta la presunción de onerosidad cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de los servicios de la especie a que se refiere el mandato (art. 1.711). También debe ser desechado el de la naturaleza de los servicios. Cierto es que el Código civil circunscribe la regulación del arrendamiento de servicios a los de los criados y asalariados, por lo que cabía incluir la prestación de los de otras cualidades en el ámbito del mandato. Pero desde el momento en que aquella noción se ha ampliado extraordinariamente, acogiendo los propios de las profesiones liberales entre otros de complejidad técnica, no puede hallarse un criterio distintivo seguro en base a la naturaleza del servicio a prestar.

Del examen de la normativa del mandato y de la gestión de negocios ajenos sin mandato (vid. art. 1.888), aparece que el legislador lo concibe como contrato por el que el mandatario gestiona negocios o asuntos del mandante. Sin embargo, estos términos son vagos e imprecisos. Si, como parece, el asunto o negocio debe ser sinónimo de intereses del mandante, ¿por qué cuando se encarga la dirección de nuestros intereses en un litigio a un abogado estamos, según reiterada y conocida jurisprudencia, en la órbita del arrendamiento de servicios? ¿No gestiona el abogado nuestros intereses?

Una concreción importante podemos encontrar en la regulación del mandato. En ella, el legislador se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario (contraer obligaciones, administrar, disponer, transigir, contratar, comprometer en árbitros, etc.), por lo que se puede afirmar que su prestación consiste en el desarrollo de actividad jurídicamente relevante [1].

[1] Las sentencias del 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 vuelven al viejo criterio de distinción según la sustituibilidad o insustituibilidad del hacer. Habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo. Pero aquella característica depende de la persona, y así tendríamos que si un médico contrata para sí los servicios de otro médico no habría un arrendamiento de servicios... El criterio, además de discutible, ha tenido poca fortuna en la doctrina.

El mandatario obra por «cuenta o encargo» del mandante, lo que significa que el resultado final de su actividad incidirá en la esfera jurídica de este último.

El mandato es un contrato consensual, productor de obligaciones principales recíprocas o sólo para el mandatario, según que medie o no retribución, y de marcado carácter personal la confianza del mandante en el mandatario es su trasfondo.

II. MANDATO Y REPRESENTACION

Durante largo tiempo la doctrina y jurisprudencia han estado dominadas por una concepción unitaria de ambas figuras. Más que unitaria: no se concebía la existencia de un mandato sin un poder de representación. Exponente de esta dirección es el artículo 1.984 del Código civil francés, que define el mandato como el acto por el que una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre, contrato que se forma por la aceptación del mandatario.

En la actualidad, es ya doctrina dominante la separación entre ambas figuras. El mandato puede ser la base en que sustente el poder dado al mandatario precisamente para la realización del encargo, aunque en modo alguno se excluye que la fuente de la representación la constituya otra relación jurídica (v. gr., contrato de sociedad, contrato de trabajo, etc.). El mandato agota su esfera de actuación en las relaciones internas entre mandante y mandatario. La representación, por el contrario, atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante. Por tanto, cuando se da a mandato a una persona para que nos compre una casa, la podemos dotar del poder para que se obre en nuestro nombre, o podemos convenir con ella que actuará en el suyo propio. Tanto en un caso como en otro, los efectos de la actuación del mandatario recaerán sobre nuestra propia esfera jurídica.

Nuestro Código civil no sigue en la definición del mandato a su modelo francés, pero no es motivo para creer que abandonó toda identificación entre mandato y poder. En la regulación del mandato opera conscientemente o inconscientemente esa idea en bastantes preceptos. Así, en el artículo 1.717 se habla de un mandatario que obra en su propio nombre por lo que queda obligado a la parte con quien contrata como si el asunto fuese personal suyo, lo que *a contrario* significa que cuando ese mismo mandatario obra en nombre del mandante, el obligado es éste frente al tercero; en el artículo 1.725 de un mandatario que obre «en concepto de tal», es decir, que no tiene que manifestar que obra con *poder* para obligar al mandante, y en el 1.697, en fin, se contempla el supuesto de que el socio obre por cuenta de la sociedad, y la obliga cuando «tenga poder... en virtud de un mandato expreso o tácito», y si ha obrado dentro «de los límites que le señala el poder o mandato».

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han construido, sin violencia del Código, un negocio unilateral y recepticio como es el apoderamiento, y el mandato como una de las relaciones jurídicas subyacentes en las que puede asentarse el poder, vinculante para el mandante y mandatario, pero sin trascender su contenido o regulación al apoderamiento, a menos que en él conste, o que el tercero que se relaciona con el apoderado la conozca.

Dada la íntima vinculación que posee este tema con la representación, hemos de remitirnos a los capítulos que a la misma se dedican en el volumen I de este *Sistema*.

III. EL CONTENIDO DE LA RELACION JURIDICA DE MANDATO

Acabamos de decir que la dirección absolutamente dominante en la actualidad es la de la separación entre la relación jurídica de apoderamiento y la relación jurídica de mandato. Aquella relación se ha construido, sin embargo, utilizando los preceptos dedicados a la segunda en el Código civil, por lo que también aquí nos remitimos a lo que se expuso acerca de la representación en el volumen I de este *Sistema* a fin de evitar repeticiones innecesarias y perturbadoras. Ahora sólo hemos de aludir a algunos aspectos del contenido del mandato que en aquel lugar no era apropiado colocar.

El artículo 1.728 obliga al mandante a anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, si el mandatario lo pidiere. Si éste las hubiera anticipado, aquél debe reembolsarlas, aunque el negocio no haya salido bien, con tal de que el mandatario esté exento de culpa. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación. Ahora bien, no debe entenderse que el mandante queda liberado del reembolso si el negocio no ha salido bien por culpa del mandatario, sino que compensará con cargo a ellas el importe de lo que le deba éste por tal motivo.

El mandante también está obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al mandatario por el cumplimiento del mandato, siempre que no medie culpa o imprudencia de este último (art. 1.729). GARCÍA GOYENA entendía que se trataba de una responsabilidad objetiva. Naturalmente, si el culpable de los daños y perjuicios fuera un tercero y el mandante resarce al mandatario, tendrá un derecho de regreso o de repetición contra el culpable.

Al mandatario se le concede el derecho de retener en prenda las *cosas objeto del mandato* hasta que el mandante realice la indemnización y reembolsos que hemos tratado (art. 1.730). «Retener en prenda» es el lenguaje que utiliza el Código para aludir al simple derecho de retención [2].

[2] Sin embargo, la sentencia de 7 de julio de 1987 dice que el artículo 1.730 otorga al mandatario un auténtico derecho de prenda.

Por lo que respecta al mandatario, el artículo 1.720 le impone la obligación de dar cuenta de sus operaciones y de abonar al mandante cuanto haya recibido.

La rendición de cuentas es lógico que se produzca al terminar el mandato. Pero el sentido del precepto es más amplio. No es sólo presentar un estado numérico de diversas partidas con la indicación del correspondiente saldo deudor o acreedor, sino también de dar cuenta de todo lo *actuado*.

El pacto que exime al mandatario de la rendición de cuentas es admisible siempre que, conforme a las circunstancias, no sea contrario a la moral (S. de 28 de octubre de 1969). Pero ha de tenerse presente que si las cuentas arrojan un resultado favorable al mandante, el que el mandatario se enriquezca de aquella forma tiene que estar justificado por alguna causa (donación, pago de los servicios, etc.).

La segunda obligación que preceptúa el artículo 1.720 para el mandatario es la de abonar al mandante cuanto «haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiera al segundo». Es claro que abarca a las cantidades, documentos, etc., que el mandante le haya entregado para el desempeño de su misión. También comprende la reducción de precio, por ejemplo, conseguida por el mandatario (S. de 7 de marzo de 1914) en la operación encomendada. En cuanto a lo recibido que «no se debiera al segundo», se refiere al cobro de lo indebido por el mandatario (art. 1.895). El mandante queda responsable frente al que ha pagado indebidamente (cuando el mandatario ha actuado en nombre del mandante).

El mandatario que aplica a usos propios cantidades que bien le haya entregado el mandante para cumplir el encargo, bien las haya recibido del tercero y tenga que entregárselas a aquél, debe intereses de las mismas desde el día en que lo hizo (art. 1.724), prescindiendo de otras responsabilidades en que pueda incurrir por ello. También debe intereses por las cantidades que adeude después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.

Por último, el artículo 1.720 dice que el mandatario es responsable (en el desempeño del mandato) no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.

IV. PLURALIDAD DE MANDANTES O MANDATARIOS

Dispone el artículo 1.731 que si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato. Esta responsabilidad se asienta en el hecho de existir un beneficio común y en el de tratarse de un único mandato aunque conferido por dos o más personas (GARCÍA GOYENA). Las declaraciones de voluntad de cada uno de los mandantes pueden aparecer aisladamente (p. ej., en varios documentos, en momentos sucesivos, etc.), pero todas ellas forman siempre un negocio jurídico unitario.

¿Cómo puede revocarse este mandato? Teniendo en cuenta que se trata de un único contrato con pluralidad de partes del lado de los mandantes, deberá contarse con la voluntad de todos, excepto cuando exista justa causa.

La pluralidad de mandatarios es considerada en el artículo 1.723 desde el ángulo de la responsabilidad: «La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así». En cambio, no hay regla sobre cómo deberán actuar.

La institución de varios mandatarios requiere un único negocio que ellos han de tratar. Sería superflua la normativa si se tratase de un contrato de mandato celebrado con varios mandatarios, pero cada uno con un campo de actuación delimitado y distinto. Bajo la apreciación de la unidad formal (único mandato), se ocultarán varios contratos del mismo género, por lo que la responsabilidad también será igualmente distinta y delimitada. En cuanto a su forma de actuar, habrá que atender ante todo a la voluntad del mandante. En su defecto, puede recurrirse a la aplicación analógica de los artículos 895-897, que tratan del nombramiento de los albaceas para que actúen conjunta o solidariamente, o del artículo 1.694 (administradores que han de actuar conjuntamente).

V. LA MEDIACION: CONCEPTO Y NOTAS CARACTERISTICAS

La prestación de servicios por parte de los mediadores o corredores no está regulada por el Código civil, pero esta laguna ha sido subsanada en gran parte por la jurisprudencia y por los usos.

El Tribunal Supremo ha delimitado la actividad del mediador considerándola originada por un contrato, en virtud del cual una persona encarga a otra que le informe acerca de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o que le sirva de intermediario, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización, a cambio de una retribución (S. de 2 de mayo de 1963). En otros términos, a poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio jurídico (S. de 27 de diciembre de 1962).

El mediador no está ligado a ninguna de ellas por vínculos de dependencia, subordinación o representación. Sólo después de la conclusión del negocio puede asumir la representación de las partes limitadamente a los actos de ejecución del mismo de que venga encargado, entrando ya esta actividad en el campo del mandato, representación, etc. (Ss. de 10 de enero de 1922, 3 de junio de 1950, 28 de febrero de 1957, 27 de diciembre de 1962, entre otras).

Sin embargo, no siempre es contractual la fuente de la mediación. A veces, el mediador, sin encargo previo, indica a las partes la oportunidad de concluir

un negocio y éstas, efectivamente, lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador.

La mediación es un contrato atípico, que se ha de regir, ante todo, por las estipulaciones de las partes (oferente o comitente y mediador) y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre la contratación establecidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil, usos y costumbres adecuados a su naturaleza jurídica y, en cuanto le sean oportunas, por las normas de otros contratos con los que guarde afinidad o relación (Ss. de 3 de junio de 1950, 28 de febrero de 1957 y 2 de mayo de 1963).

A) El derecho del mediador a la retribución

De la mediación sólo nace el derecho a la retribución si el negocio se concluye gracias a sus gestiones, pero el que ha dado el encargo puede no acceder a su conclusión por su voluntad libérrima sin necesidad de justificación alguna ante el mediador. En otras palabras, éste no tiene derecho a la retribución justificando que ha desplegado la actividad necesaria. La búsqueda del tercero interesado en contratar con el oferente o comitente no suele considerarse como actividad que sea retribuible.

El mediador, pues, tiene derecho a la retribución cuando el negocio principal se realiza. Por realización del negocio hay que entender su perfección (Ss. de 29 de noviembre de 1962, 2 de mayo de 1963 y 14 de noviembre de 1970). No ha de esperar el mediador a la consumación del mismo, salvo pacto en contrario (Ss. de 17 de mayo de 1982 y 1 de diciembre de 1986)[3].

Si el negocio se ha concluido bajo condición suspensiva, el pago de la retribución ha de estimarse suspendido hasta que la misma se cumpla. Si se incumple por culpa del oferente o comitente, el mediador tendrá derecho a la retribución (Ss. de 28 de abril de 1953 y 18 de octubre de 1956).

La acción para exigir el cobro prescribe a los quince años (art. 1.964; S. de 1 de diciembre de 1986). Sin embargo, creemos que si el mediador es un profesional de la mediación, se le debe aplicar la prescripción de los tres años propia de los profesionales (art. 1.967).

B) Extinción

Junto a la conclusión del negocio o asunto se admite tanto la renuncia del

[3] El artículo 23 del Real Decreto de 19 de junio de 1981, que aprueba los Estatutos de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, determina que el derecho a la retribución surgirá al perfeccionarse el negocio, que no decaerá por la resolución del mismo, mutuo disenso o por incumplimiento de las partes, pero sí cuando la causa de la resolución fuere imputable al Agente.

oferente (llamada también revocación del encargo, S. de 2 de mayo de 1963) como del mecador (desistimiento en sentido propio).

La exclusiva que se haya dado al mediador no significa más que la obligación de no dar a otro mediador el mismo encargo, pero no limita por sí misma el derecho del oferente de revocar el encargo (S. de 9 de octubre de 1965).

En cuanto a la revocación del encargo, es preciso tener en cuenta el juego de la buena fe (art. 1.258). En consecuencia, el oferente no puede aprovecharse de las gestiones llevadas a cabo por el mediador antes de la revocación y concluir el negocio por sí mismo sin pagar la retribución. Ese fraude al mediador se sanciona con el percibo por éste de la retribución cuando se demuestre el nexo de causalidad entre la celebración del negocio y la actividad que desplegó antes de la revocación (S. de 1 de diciembre de 1986).

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BONET RAMOS: *Naturaleza jurídica del contrato de mandato,* Barcelona, 1941; DE CASTRO Y BRAO: *Temas de Derechos civil,* Madrid, 1972, p. 105; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *La revocación del mandato y del poder,* A.A.M.N., t. 4, p. 555; DÍEZ-PICAZO: *Los efectos jurídicos de la gestión representativa,* A.D.C., 1978, p. 489; GARCÍA VALDECASAS: *La esencia del mandato,* R.D.P., 1944, p. 769; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *La distinción entre poder y mandato,* en «Revista Internacional del Notariado», 1960 (núms. 46-47), p. 83; TULLÓN: *Mandatario que adquiere en nombre propio,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 1, 1976, p. 759; JORDANO BAREA: *Mandato para enajenar,* A.D.C., 1951, p. 1.458; *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria,* A.D.C., 1983, p. 1435; LEÓN ALONSO: *En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 1 vol. 2, Madrid, 1986; LÓPEZ Y LÓPEZ: *Retención y mandato,* Bolonia, 1976; MARTÍN RETORTILLO: *Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante,* R.D.P., 1953, p. 732; MINERVINI: *El mandato,* trad. esp. Barcelona 1959; MONTSERRAT VALERO: *El mandato y el apoderamiento irrevocables,* Zaragoza, 1982; NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder,* R.D.P., 1946, p. 405; PORPETA CLERIGÓ: *Sustución de poder,* A.A.M.N., t. 1, p. 129; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *La revocación y la sustitución de poder y del mandato,* en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1, p. 405; RUÍZ-RICO RUÍZ: *La representación en interés del representante,* Santander, 1985.

Sobre la mediación: BONET CORREA: *El comprador de corretaje o mediación,* A.D.C., 1951, p. 1.617; *La mediación (a propósito de la obra de L. Carraro),* A.D.C., 1952, p. 1.05[illegible] *El corretaje o mediación (conclusiones críticas a la obra de Azzolina),* R.D.N., 1956 (abril-junio).

33. LOS CONTRATOS ALEATORIOS

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO ALEATORIO Y SUS CLASES

Antes de regular específicamente algunos contratos aleatorios, el artículo 1.709 da una definición general: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, *se obligan* a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado». Es una definición confusa, pues no traza las fronteras con el contrato condicional, y carente de utilidad; ni siquiera se adapta a algunos contratos aleatorios típicos.

La incertidumbre del acontecimiento o de la fecha de su segura realización origina un alea, que no afecta a la existencia del contrato sino a su estructura o contenido. Las partes están obligadas desde su perfección en cualquier caso.

Afecta a la estructura en cuanto se determinará entonces quién es acreedor o deudor (v. gr., la apuesta sobre el resultado de un juego), o al contenido, en cuanto da lugar a la extinción de una obligación (p. ej., la muerte de la persona cuya vida se contempló hace desaparecer la obligación que tiene otra de pagar una renta durante ella).

El alea tiene, además una incidencia económica en todo contrato aleatorio. Las partes se exponen a una pérdida o ganancia no verificable más que cuando el evento previsto se realiza, lo que no ocurre en los contratos conmutativos, en los que aquellas estimaciones se hacen desde su perfección. El vendedor sabe el beneficio que le deja lo que acaba de vender, pero el apostante no puede decir lo mismo respecto a la apuesta que ha hecho.

La definición del artículo 1.709 que examinamos no es aplicable a los contratos aleatorios que se regulan a continuación, sólo a la apuesta y al seguro. En ellos ambas partes se obligan a realizar una prestación, dependiendo del resultado del evento que sea una u otra quien en definitiva deba (apuesta), o una de ellas debe mientras que la otra cumple desde la perfección del contrato (v. gr., en el seguro, en el que el asegurado paga las primas mientras el asegurador pagará la indemnización si ocurre el siniestro). En cambio, en la renta vitalicia el deudor paga la pensión durante la vida de la persona contemplada desde la perfección del contrato, y el constituyente de la renta cumplió ya su obligación de entrega de la cosa. Ninguno ha de dar o hacer cuando ocurra la muerte de esa persona.

La categoría general del contrato aleatorio como contrapuesta al conmutativo carece en el Código civil de todo interés práctico. Clasificar a un determinado contrato como aleatorio tendría importancia si, al igual que en Derecho histórico, no se permitiera la rescisión por lesión, y en el conmutativo sí. Pero el régimen del Código civil ha borrado esta distinción, todos los contratos quedan sometidos a las causa de rescisión por lesión de los números 1.° y 2.° del artículo 1.291.

Por último, y relativamente a las clases de contratos aleatorios, junto a los que regula el Código civil y por ello típicos, debe admitirse la existencia de contratos aleatorios atípicos, pues no hay un *numerus clausus* de los mismos (Ss. de 30 de diciembre d 1944 y 19 de octubre de 1959).

II. EL JUEGO Y LA APUESTA

El Código civil dedica unas normas a la regulación del juego y la apuesta, pero de lo que se ocupa es de las consecuencias patrimoniales de un juego o de una apuesta, no de un contrato de juego o de un contrato de apuesta. Además, el juego es en sí una actividad que no le interesa más que como instrumento o medio para la creción de un alea, que hará perder o ganar al jugador según el resultado.

Los artículos 1.798 y 1801 establecen la normativa para los juegos de suerte, envite o azar y para los juegos no prohibidos. Según el primero de ellos, «la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego de suerte, envite o azar, pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado *voluntariamente,* a no ser que hubiera mediado dolo, o que fuera menor, o que estuviera inhabilitado para la administración de sus bienes». En cambio, y por lo que respecta a los juegos no prohibidos, preceptúa el siguiente que el que pierde queda obligado civilmente, aunque la Autoridad judicial queda facultada para no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego era excesiva, o para reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia. Parece que se distingue entre una cantidad objetivamente excesiva, y otra en que este calificativo depende exclusivamente de la conducta usual (como jugador) de un buen padre de familia, en la que hay que valorar su posición económica.

Los juegos no prohibidos *desde el punto de vista civil* los determina el artículo 1.800, a cuyo tenor «no se consideran prohibidos los juegos que contribuyan al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de armas, las carreras de a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otras de análoga naturaleza». La redacción del precepto es lo suficientemente expresiva de una enumeración ejemplificativa, y debe ser interpretado de forma que permita acoger a los juegos en que la destreza, técnica o inteligencia del jugador sean lo esencial, reservando los prohibidos para los de pura suerte, envite o azar.

La explicación de la irrepetibilidad de lo pagado en los juegos prohibidos se halla en el artículo 1.36, que impide alegar la propia torpeza, suponiendo que el juego es una causa torpe de desplazamiento patrimonial. Cierto que no parece que tenga mucho sentido hoy hablar de causa torpe desde el momento en que la propia ley permite determinados juegos de envite, suerte o azar prac-

ticados de acuerdo con sus prescripciones, que en ningún caso suprimen el alea así provocado. Pero no hay más remedio que mantener la explicación anterior en pura teoría porque tales disposiciones no se refieren más que a aspectos penales, administrativos y fiscales, sin derogar la legislación civil.

Sin embargo, atendiendo a la realidad social actual en que se permiten y regulan legalmente la práctica de determinados juegos de suerte, envite o azar, en lugares autorizados al efecto, la sentencia de 23 de febrero de 1988 entiende que lo perdido en ellos es reclamable en vía judicial, si bien con la facultad de moderación que a la autoridad judicial le otorga el artículo 1.801, destacando además que la prohibición de préstamos para el juego en aquellos lugares únicamente tiene la sanción prevista en la normativa sobre el juego, no la de la nulidad del contrato (art. 6.°3 C. c.).

Junto al juego, regula el Código civil la apuesta. El artículo 1.799 dice que lo dispuesto en el artículo 1.798 (juegos de suerte, envite o azar) es aplicable a las apuestas, y que se consideran prohibidas las que tienen analogía con los juegos prohibidos. En la misma línea, el artículo 1.801 extiende el régimen del juego no prohibido al de la apuesta no prohibida. La analogía entre la apuesta y el juego prohibido significa que los apostantes deben quedar expuestos al resultado de la suerte o azar. Si la apuesta se hace sobre el resultado de un juego no prohibido, los apostantes no dependen sino de la destreza o habilidad de los que practican, y en cuyas dotes confían al hacer la apuesta.

Ha sido un problema doctrinal discutido la distinción entre el juego y la apuesta, cuya solución no tiene trascendencia en vista de la equiparación entre ambas situaciones y en que el juego es un elemento de hecho sobre el que puede operar una apuesta. El criterio más extendido es el que aprecia la diferencia en que las partes participen o influyan sobre el resultado (juego), o que no participen (apuesta). Pero no debe olvidarse que la apuesta no está conectada necesariamente con el juego. Otras veces su alea depende de la exactitud de la opinión que los apostantes tengan sobre acontecimientos determinados, cuya realización es objetivamente demostrable. Esta clase de apuestas no son de las prohibidas (dependen de su erudición o cultura, no de la suerte o azar).

La apuesta no puede ser unilateral. Si apuesto una cantidad que pagaré a la otra parte, sin que ésta se obligue a nada, si la fecha que digo en que ocurrió la batalla de Waterloo no es exacta, no hay más que una donación condicional.

III. LA RENTA VITALICIA: CONCEPTO Y CARACTERES

El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión (art. 1.802).

La aleatoriedad reside aquí en la incertidumbre sobre la duración de la vida contemplada, cuya extinción determinará la de la obligación de pago de la

pensión. No puee saberse mientras si las pensiones pagadas superarán o no al capital entregdo al obligado.

¿Cuándo se prfecciona el contrato? La doctrina sostiene que la renta vitalicia pertenece a l categoría de los contratos reales, por lo que hasta la entrega del capital no seperfecciona, naciendo entonces la obligación de pago de la pensión a cargo lel que lo ha recibido. De ahí que se estime unilateral (con obligaciones solmente para el deudor de la pensión). Pero se afianza un movimiento contrario a esta conceptuación, dada la crisis de la categoría del contrato real que vimos al estudiar el préstamo. En consecuencia, se estima que la renta vitalicias un contrato consensual del que nacen obligaciones bilaterales: entrega d capital a cambio de la obligación de pago de la renta.

A) NATURALEA DEL DERECHO A PERCIBIR LA RENTA O PENSIÓN

Si el artículol.802 determina que la transferencia del capital se hace con la carga de la pasión, parece que el perceptor de la misma tiene un derecho de naturaleza rel.

La cuestión tá resuelta unánimemente en un sentido contrario. Se afirma que el perceptorle la renta es titular de un derecho de crédito meramente personal. La palabra «carga», dado el defectuoso tecnicismo legal, no es sinónima de «carga rel» o de «derecho real», pues no todas las veces que utiliza el Código este trmino lo hace con este significado.

B) SUJETOS

El deudor dla renta es el que ha recibido el capital en muebles o inmuebles que se le trnsfiere. El acreedor, sin embargo, lo mismo puede ser el que la constituyó trnsfiriendo esos bienes, que otra persona distinta, siendo este supuesto una alicación de la figura de la estipulación en favor del tercero (art. 1.257); el stipulante es el constituyente y el promitente el que recibe los bienes.

Es esencial eseñalamiento de una persona cuya vida es contemplada como plazo de duracin de la obligación de pago, que no tiene que ser necesariamente la del aceedor. Dice el artículo 1.803 que puede constituirse la renta «sobre la vida el que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. Tamlén puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vidse otorga, o a favor de otra u otras personas distintas».

La persona uya vida se otorga ha de existir al tiempo de la perfección del contrato (GARCA GOYENA), y deben excluirse las personas jurídicas, que conduciría a rentaindefinidas o perpetuas porque tal puede ser la duración de esas personas, l que de suyo es incompatible con la temporalidad y naturaleza temporal qu el legislador quiso imprimir al contrato (BELTRÁN DE HERE-

DIA CASTAÑO). Por otra parte, el que la renta sea vitalicia no significa que se extinga al morir su perceptor. Lo importante y decisivo es la vida de la persona que se contempló como plazo de duración.

La renta constituida sobre la vida de varias personas debe considerarse que no se extingue hasta la muerte de la última.

Si son varios los que tienen derecho a la renta, no se extingue hasta la muerte del último sobreviviente. Los supérstites ven acrecida su participación (S. de 1 de julio de 1969).

C) Objeto del contrato y de la pensión

Según el artículo 1.802, el constituyente de la renta ha de transferir al deudor el dominio de un capital «en bienes muebles o inmuebles». Pero no hay inconveniente que se transfiera o constituya una titularidad sobre derechos reales o simples créditos; no existe una prohibición legal de transferir bienes que no sean materiales.

En cuanto al objeto de la pensión, tampoco hay precepto legal que obligue a que sea dinero. Ha de ser fija y determinada (S. de 16 de diciembre de 1930), pero se admite el juego de las cláusulas de estabilización (S. de 31 de octubre de 1960), e incluso su actualización si hay una gran desproporción entre el capital que se recibió y la renta que se pactó, debida a circunstancias no previsibles (S. de 23 de noviembre de 1962). No tiene necesidad de ser la pensión igual o inferior a los frutos que sea susceptible de producir el capital.

D) Forma

No contiene el Código civil particularidades en este punto, por lo que regirán las normas generales de los artículos 1.279 y 1.280 si se constituye a título oneroso.

E) Efectos

El constituyente de la renta ha de entregar el capital, estando obligado al saneamiento si la constitución de aquélla se ha hecho a título oneroso.

El deudor de la pensión debe satisfacerla, bien por años, bien en otros períodos más cortos, según se pacte, puesto que el carácter anual de la pensión, aludido en el artículo 1.802, no tiene carácter imperativo. El artículo 1.808 dice que no puede reclamársele la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida está constituida, pero es una facultad que se otorga al deudor, no una exigencia imperativa.

La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta se pagará

en proporción a los días que hubiese vivido; pero si debía satisfacerse por *plazos anticipados,* se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese comenzado a correr (art. 1.806). Es claro que se parte del supuesto de que la vida contemplada es la del pensionista, aunque no existe obstáculo para su aplicación cuando sea la de un tercero extraño al contrato.

F) Aseguramiento

El artículo 1.805 determina: «La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras».

El problema básico del artículo 1.805 es si admite pacto en contrario. En otras palabras, si se puede pactar la resolución del contrato cuando el deudor de la renta o pensión no satisface su obligación. Tal condición resolutoria expresa ha sido admitida por la jurisprudencia (Ss. de 13 de mayo de 1959 y 14 de octubre de 1960). Si se pactare que el perceptor se quedará con las rentas abonadas con anterioridad, además de entrar nuevamente en la posesión del capital que entregó, se entenderá como cláusula penal por el incumplimiento, con el consiguiente poder moderador de los Tribunales (art. 1.154).

Otra forma de aseguramiento de la renta vitalicia es la constitución en favor del pensionista de una hipoteca, llamada de rentas o prestaciones periódicas, cuya especialidad reside en la posibilidad de tantas ejecuciones sobre el bien gravado como pensiones impagadas y garantizadas se acrediten. Al ejecutarse la hipoteca, el que remate los bienes gravados los adquirirá con subsistencia de aquélla y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento (art. 157 de la Ley Hipotecaria).

G) Nulidad y extinción del contrato

Aparte de las causas de nulidad genéricas para todos los contratos, se contempla en el artículo 1.804 una específica: «Es nula —dice el precepto citado— la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha». La nulidad se debe al defecto de aleatoriedad. Aquí no hay incertidumbre sobre la duración de la vida contemplada.

Si la desaparición de la vida contemplada ha sido provocada por el propio deudor de la renta mediante la comisión de un hecho punible, se deberá indemnizar los perjuicios causados a tenor del artículo 104,1.°, del Código pe-

nal, que señala como titulares de un derecho de indemnización a la familia o *a un tercero*.

H) Renta vitalicia constituida a título gratuito

El Código civil permite indudablemente la constitución de una renta vitalicia a título gratuito, como lo demuestra la especialidad que para este caso se da en el artículo 1.807.

Aquí no hay entrega de un capital a cambio de una renta, sino que una persona dona a otra el derecho de percibir tal renta. Es una donación cuyo efecto fundamental es que el donante se convierte en deudor del donatario por el importe de la renta. Perfeccionada la donación, nace el derecho de crédito en favor de éste.

El artículo 1.807 permite al constituyente declarar la inembargabilidad de la renta donada. Según su tenor literal, «el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, *al tiempo del otorgamiento,* que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista». Se sustrae, pues, a la persecución de los acreedores, tanto las pensiones por vencer como las ya vencidas y no exigidas.

I) El vitalicio

Como contrato distinto del que da lugar al nacimiento de la renta vitalicia se presenta el llamado vitalicio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que, al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado «vitalicio», que es un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público —artículo 1.255—, y al que son aplicables las normas generales sobre las obligaciones (S. de 28 de mayo de 1965), con la cobertura legal común a toda clase de vitalicios de la renta vitalicia, cuyas normas habrán de regir por analogía, atemperadas a las especialidades de cada supuesto (S. de 1 de julio de 1982).

Se sostiene la *validez del pacto de revocación unilateral* en favor del alimentista, sin más consecuencias que la de abonar lo estipulado para tal eventualidad (usualmente, el importe de los alimentos, y en algunas ocasiones los gastos pagados por el que recibe la contraprestación, como los de escritura, impuestos, etc.) (S. de 28 de mayo de 1965), y en caso de incumplimiento por

el deudor de la prestación se aplicará el artículo 1.805 (S. de 1 de julio de 1982), salvo que haya cláusula resolutoria expresa (S. de 18 de abril de 1984).

Al vitalicio, como contrato que produce la obligación de prestar alimentos, le es aplicable la disposición del artículo 153 C.c., es decir, las normas sobre alimentos entre parientes subsidiariamente (S. de 18 de abril de 1984).

IV. El contrato de seguro

El Código civil en los artículos 1.791 a 1.797 daba una serie de reglas sobre el contrato de seguro totalmente insuficientes para la reglamentación de esta figura, que se confía al Derecho mercantil o por lo menos allí se estudia con todo detenimiento, por tradición y por ser empresas las que realizan en masa la contratación de los seguros. La Ley de 8 de octubre de 1980 regula los mismos, derogando los preceptos civiles indicados, y por las razones anteriores hay que hacer la remisión al Derecho mercantil.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Alvarez Vigaray: *Los contratos aleatorios,* A.D.C., 1958, p. 607; Boselli: *Rischio, alea, e alea normæ del contratto,* R.T.D.P.C., 1948, p. 769; Montes Penadés: *Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro,* en el libro «Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro», t. 1, p. 155, Madrid, 1982; Vázquez Bote: *Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil,* R.C.D.I., 1969, p. 351.

Sobre la renta vitalicia: Azurza: *Renta vitalicia resoluble,* R.D.P., 1949, pp. 1.029 y ss.; Beltrán de Heredia Castaño: *La renta vitalicia,* Madrid, 1963; Guilarte Zapatero: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 22, vol. 1, Madrid, 1982; Cadrso Palau: *Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito,* a Ley, 1988, t. 1, p. 224; Gomá Salcedo: *Principales problemas del contrato de renta vitalicia,* R.D.N., 1960 (julio-diciembre), p. 328; Gómez Martinho: *La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1.805* en «Estudios de Derecho privado dirigidos por Martínez-Radio», vol. 2, p. 268'; Guimerá: *Renta vitalicia y condición resolutoria* R.D.P., 1954, p. 211; Quiñonero: *La situación de renta vitalicia,* Murcia, 1979.

Sobre el juego y la apuesta: Díez-Picazo: *El juego y la apuesta en el Derecho civil,* R.C.D.I., 1967, p. 719; Traviesas: *El juego y la apuesta,* R.D.P., 1917, pp. 273 y ss; Valsecchi: *El gioco e la scommessa* (T. Cicu-Messineo), Milán 1954.

34. EL CONTRATO DE TRANSACCION

I. CONCEPTO, PRESUPUESTOS Y CARACTERES

El artículo 1.809 C.c. define la transacción como «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado». De esta definición se desprende que son dos los presupuestos necesarios para que un contrato pueda calificarse de transacción: por una parte, una situación de controversia entre dos o más personas, y por otra, la necesidad de recíprocas concesiones entre ellas.

La necesidad de controversia deriva de la idea de «pleito», que la supone por definición; el pleito no recae más que sobre un conflicto de pretensiones de las partes, que cada una apoya en preceptos legales, sobre una determinada situación. Pero como la transacción, según el precepto que comentamos, tanto puede poner fin al que había comenzado como evitarlo, la controversia que lo dirime lo mismo puede haberse llevado ya ante los órganos judiciales o a árbitros, como no haber pasado a esta fase.

Un sector doctrinal entiende la transacción como un contrato que elimina la incertidumbre de las partes sobre sus relaciones, recayendo, pues, sobre una *res dubia*. BIGOT DE PREAMENAU, decía, explicando la definición de la transacción en el Código Napoleón: «Un derecho dudoso y la certeza de que las partes han querido equilibrar y reglamentar sus intereses, tales son los caracteres que distinguen y constituyen la naturaleza de este contrato: no existirá transacción si no tienen por objeto un derecho dudoso». El derecho ha de ser dudoso en un sentido subjetivo siempre, debe de parecer como tal a las partes según la opinión doctrinal que comentamos, y no se permite al juez la averiguación (que sería bien difícil) posterior a la transacción de aquel fenómeno psicológico. De lo contrario, la transacción, más que cortar la incertidumbre, «abriría la puerta al laberinto de la litis» (BUTERA).

En realidad, la duda se origina por la controversia, de ella nace, o si se quiere, de las contradictorias pretensiones de las partes. Si se requiriese una situación previa de duda para poder transigir, no podrían hacerlo los litigantes que estuviesen seguros de la bondad de sus pretensiones y de la falsedad de las de la parte contraria, pero transigen por diversos motivos, como la duración de un pleito, su coste, interesar más una solución actual, etc. (VITERBO).

El otro presupuesto característico de la transacción lo constituye la necesidad de las recíprocas concesiones, que el Código civil simboliza en el dar, prometer o retener «alguna cosa». En realidad, esa «cosa» lo mismo pueden ser las pretensiones aducidas en la controversia, que otro derecho que no ha entrado en la discusión. Así, por ejemplo, A exige a B el pago de un crédito de X pesetas que este último niega deber. Transigen reconociendo que A es titular de ese crédito pero a B se le otorga una servidumbre de paso por la finca de A. O bien, que A es titular de ese crédito, pero por importe menor. Las recíprocas concesiones en cualquier caso afectan total o parcialmente a pretensiones mantenidas por las partes, o si se quiere, a los derechos que han alegado en la controversia, inciertos en el sentido de que su existencia no es objetiva, sino sólo afirmada por los interesados. Por ello la transacción es un contrato oneroso, ambas partes han de hacer sacrificios para componer la controversia, que no ha de ser exactamente equivalentes, como tampoco en ningún otro contrato oneroso.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA TRANSACCION

Uno de los puntos más debatidos en la doctrina de la transacción es el de su naturaleza jurídica.

Para su debida comprensión es necesario partir de los siguientes esquemas que constituyen la estructura de la generalidad de los acuerdos transaccionales:

1.° Una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra, que ve reconocida su situación jurídica, se comprometa a realizar en favor del renunciante o reconocedor una prestación. Por ejemplo, A ha aceptado una herencia en virtud de un testamento ológrafo en que se le nombra heredero. Sin embargo, B heredero intestado del testador, pretende que el testamento es nulo por falta de un requisito esencial. Componen la controversia renunciando B a su pretensión a cambio de que A le entregue una determinada finca de la herencia.

2.° Una de las partes renuncia parcialmente a sus pretensiones, y en contraprestación la otra hace igual. Por ejemplo, A reclama a B un crédito por importe de un millón de pesetas, que B niega deber. Transigen reconociendo B que el crédito es de medio millón. A y B han hecho renuncias mutuas parciales a sus pretensiones y, al mismo tiempo, reconocimientos parciales mutuos.

3.° Ambas partes renuncian a sus pretensiones, a cambio de eliminar la relación jurídica de donde provenía la controversia y crear otra nueva, o bien, simplemente, modificando la existente. Por ejemplo, A pretende como arrendador desahucir a B, arrendatario, porque ha hecho obras sin autorización en el local arrendado. B alega que está autorizado por el contrato. Transigen sus diferencias celebrando un nuevo contrato de arrendamiento, o modificando el primitivo en la cláusula relativa a la renta, que se aumenta.

En la primera hipótesis, cuando lo sacrificado es un derecho distinto del controvertido, el contrato de transacción es la causa justificativa del desplazamiento patrimonial y por ello puede decirse que tiene naturaleza dispositiva. Su reciprocidad se encuentra en que a cambio de la prestación de dar una finca de la herencia, se le ha reconocido a A como heredero, obligándose B en consecuencia a no impugnar el testamento. La onerosidad es evidente también [1].

[1] En la sentencia de 15 de junio de 1957, el supuesto litigioso fue el siguiente: A

En la segunda hipótesis hay una modificación de la situación jurídica *existente*, lo que lleva a la doctrina a mantener que la transacción es traslativa de derechos litigiosos, o que es dispositiva, o que los transigentes han declarado o fijado la situación jurídica entre ellos, por lo que la transacción tiene naturaleza declarativa.

La transacción no es traslativa de derechos litigiosos. Ni A ha cedido a B medio millón de pesetas, ni B a A porque negaba que debiera el pago. Las recíprocas concesiones han recaído exclusivamente sobre pretensiones aducidas en la controversia, no sobre derechos ciertos y seguros.

La transacción no parece tampoco dispositiva, en el sentido de que A ha renunciado a parte de su derecho, a cambio de la contraprestación de B consistente en renunciar a su pretensión de que nada debía. Ante el choque de pretensiones contradictorias, ¿cuál era en realidad el crédito de A? No se sabe, y la transacción ha cortado la posibilidad de averiguarlo.

Tanto en la hipótesis segunda que examinamos, como en la primera en la parte que atañe al reconocimiento del derecho hereditario de A, puede decirse que la transacción fija o aclara la situación jurídica entre las partes como lo haría una sentencia o un laudo arbitral, aunque la diferencia estaría en que así como el juez o árbitro pueden decidir sin ninguna cortapisa, aquellas se ven constreñidas a buscar una solución mediante concesiones recíprocas. Con razón dice SANTORO-PASARELLI que la sentencia o laudo hallan la certeza, mientras que la transacción la crea. Por eso, afirma el artículo 1.816 que tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, no en el sentido de que sea una sentencia, sino *como* si fuera una sentencia.

En la última hipótesis, la transacción es la causa concreta del nuevo contrato o de la modificación del antiguo. La novación extintiva o modificativa se hace con el fin de acabar una controversia. Hay por ambas partes renuncias a sus pretensiones, pero no fijación o aclaración de algo. En otras palabras, aquí el acuerdo transaccional sí es fuente de una relación jurídica nueva que sustituye a la anterior o de modificación.

La jurisprudencia ha declarado que toda transacción da lugar al nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o a su modificación (Ss. de 8 de febrero de 1926, 19 de diciembre de 1960 y 26 de abril de 1963). En realidad opera como si la relación anterior fuera firme y exacta, y entonces no hay duda de que la transacción, por su misma estructura (recíprocas concesiones), tiene que aportar una modificación o una sustitución.

tenía alumbrado un pozo en terrenos de su propiedad, y posteriormente B alumbra otro en su finca, mermando los caudales del primero. Transigen sus diferencias, acordando que B no explotaría más que un determinado volumen. Frente a la pretensión de B de que en este contrato no había contraído A ninguna obligación, el Tribunal Supremo dice que engendró obligaciones recíprocas: B se obligaba a no extraer más que determinado caudal de su pozo, y A renunció al derecho que le asistía para impedir que B siguiese explotándolo en la forma en que lo venía haciendo.

Pero precisamente aquella relación ha dejado de ser firme y exacta por la controversia, se ha oscurecido por el contraste de pretensiones, y por ello falta un término de comparación fijo y verdadero para apreciar si ha habido modificación o sustitución.

III. LA CAPACIDAD PARA TRANSIGIR

Nuestro Código no establece ninguna regla general sobre la materia y se limita a regular una serie de supuestos especiales en los artículos 1.810, 1.811 y 1.812, en los que exige una determinada capacidad para transigir, inspirados en el viejo aforismo *transigere est alienare*.

De cuanto hemos dicho en los párrafos anteriores se desprende que no es exacta la equiparación entre transacción y enajenación. El viejo aforismo y las reglas de los artículos citados hay que interpretarlas en el sentido de que para transigir las partes deben tener capacidad de disposición sobre las relaciones jurídicas controvertidas. Exigencia que es lógica, toda vez que la transacción puede llevar consigo la necesidad de acomodar la situación precedente a la que resulta de ella y requerir en consecuencia la realización de actos de carácter dispositivo.

Aquellos supuestos especiales son los de los bienes y derechos de los menores sujetos a la patria potestad, del tutelado y las de las corporaciones.

En cuanto al menor, dispone el artículo 1.810, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que «para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos»; en cuanto al tutelado, dice el artículo 1.811, tras su reforma por aquella Ley, que «el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código», que es la necesidad de autorización judicial (art. 270.3.°). Por último, respecto de las corporaciones, preceptúa el artículo 1.812 que «las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesitan para enajenar sus bienes». Estas corporaciones son las públicas.

IV. EL OBJETO DE LA TRANSACCION

Es, obviamente, la relación jurídica controvertida, que las partes componen por medio del contrato transaccional. Nuestro Código no contiene ninguna regla general sobre la idoneidad del objeto de la transacción, aunque no parece difícil llegar a la conclusión de que ha de tratarse de una relación jurídica respecto de la cual las partes tengan plena libertad de disposición.

El Código contiene, en cambio, una serie de normas sobre particulares supuestos, que parecen inspirarse en las reglas generales antes apuntadas.

A) Transacción sobre el estado civil

Aparece prohibida por el artículo 1.814. La prohibición se funda en el principio de que el estado civil posee un interés general, es materia de orden público e indisponible por los particulares.

Se discute si la prohibición del artículo 1.814 supone que no se puede transigir tampoco sobre las consecuencias patrimoniales derivadas del estado civil. La doctrina es favorable a la transacción, dado el carácter restrictivo de la prohibición (S. de 17 de junio de 1944). No obstante, si la transacción recayese sobre el estado civil al mismo tiempo que sobre los derechos patrimoniales derivados de él, parece más acertado predicar la nulidad de toda ella, si ambas cuestiones se han hecho inseparables según la intención de las partes.

Para cortar toda duda sobre la cuestión sería procedente la aplicación analógica del artículo 2.° de la Ley de Arbitrajes, que impide comprometer a la decisión arbitral las materias que indisolublemente se liguen a otras indisponibles para las partes. En una transacción sobre efectos patrimoniales de un estado civil litigioso es muy difícil el deslinde entre ambos campos. Si, por ejemplo, para determinar la participación de los contendientes en una herencia hay que pronunciarse previamente si el testador tenía la vecindad civil catalana o castellana al efecto de determinar la normativa aplicable, no podrá transigirse.

B) Transacción sobre alimentos

El artículo 1.814 prohíbe la transacción sobre los alimentos futuros, lo cual quiere decir que contempla el derecho otorgado por la ley de pedir alimentos cuando se den las circunstancias de necesidad en ella prevenidas, así como el derecho a pensiones todavía no vencidas. En cambio, se puede transigir sobre aquellas pensiones alimenticias que hayan devenido ya exigibles y no se han pagado (art. 151, p. 2.)

Es posible también una transacción sobre la medida en que hayan de prestarse los alimentos una vez nacida la obligación, pero tal transacción no impedirá el nuevo ejercicio del derecho en la hipótesis de mutación de las condiciones de los sujetos (vid. art. 147 y S. de 25 de noviembre de 1985). En ningún lugar dice el Código civil que la medida de la prestación alimenticia ha de ser fijada exclusivamente por el juez.

Los alimentos sobre los que recae la prohibición de transigir son los debidos entre parientes (S. de 10 de noviembre de 1948), en otras palabras, los legales.

C) Transacciones sobre cuestiones matrimoniales

El artículo 1.814 se refiere a ella prohibiéndola de una manera absoluta y sin paliativos. La generalidad del precepto contenido en el artículo 1.814 del

Código civil hubo de ser, casi desde su origen, objeto de puntualizaciones. García Goyena, al comentar los precedentes de dicho artículo, admitía la posibilidad de transigir en las causas matrimoniales, siempre que la transacción fuera en favor y no en contra del matrimonio. A nuestro juicio, el artículo 1.814 ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Lo que no puede ser objeto de transacción es el vínculo matrimonial considerado en su sustancia, en otras palabras, sobre la existencia o subsistencia del matrimonio no se puede transigir.

El transigir sobre aspectos personales de la relación (p. ej., los cónyuges acuerdan separarse para no convivir) es válido y productor de efectos jurídicos en el día de hoy, como se estudiará en el Derecho de familia.

El artículo 1.814, es un precepto inútil en su alusión a la prohibición de transacciones matrimoniales, porque afectan al estado civil y sobre éste ya ha dicho antes que no cabe transacción.

Tampoco prohíbe transigir sobre cuestiones patrimoniales que se deriven de las matrimoniales (S. de 4 de diciembre de 1985, a propósito de una transacción de tales características entre esposos separados de hecho).

D) Transacción sobre la acción civil derivada de delito

Según el artículo 1.815, se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por ello se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.

El resarcimiento de los daños que el delito ha causado, ejercitable a través de la acción civil, puede ser estipulado por medio de transacción. Así, por ejemplo, si se priva a una persona de la vida por una imprudencia temeraria, el culpable puede concertar una indemnización a cambio de la renuncia de la acción civil.

V. FORMA E INTERPRETACION DE LA TRANSACCION

No existe ningún precepto de forma relativo a la transacción. Hay que estimar, por tanto, que será válida cualquiera que sea la forma en que se celebre (Ss. de 30 de octubre de 1928 y 3 de mayo de 1958, entre otras).

Aparte de los preceptos generales de la interpretación de los contratos (S. de 26 de junio de 1946), el artículo 1.815 dispone que la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción.

Obsérvese que el artículo 1.815 no es más que una norma aplicable a la determinación o concreción del objeto sobre el que ha recaído transacción. Su

interpretación discurrirá por las normas generales de interpretación de los contratos.

VI. EFECTOS DE LA TRANSACCION

Dice el artículo 1.816 que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial». Se reconoce a la transacción como el equivalente de una sentencia, con la consiguiente facultad de las partes transigentes de oponer a la otra la *exceptio rei per transactionem finitae* si plantea al órgano judicial la controversia que ya fue resuelta transaccionalmente, de análoga forma a la oponibilidad de la excepción de cosa juzgada material si en lugar de una transacción hubiese mediado una sentencia, por lo que los mismos límites subjetivos y objetivos que delimita esta excepción son aplicables a aquélla (vid. art. 1.252 y Ss. de 28 de septiembre de 1984 y 10 de abril de 1985).

Esos límites subjetivos indican también que la eficacia sustantiva de la transacción se desenvuelve entre las partes y sus causahabientes y no es oponible ni vinculante para terceros, pero sí para los que están unidos con el transigente por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas (art. 1.252).

Estas dos últimas consecuencias parecen exageradas. La transacción hecha por un deudor solidario con el acreedor no debe en ningún caso perjudicar ni aprovechar a los demás, si no quieren, pues es un contrato ante todo, que no tiene efectos para terceros (arg. art. 1.835).

Si la obligación es indivisible, con más razón todavía, dado que el poder de disposición lo ostentan todos los deudores que han de obrar conjuntamente. Es posible, sin embargo, considerar aquí la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual cada comunero está legitimado para actuar por sí solo, con efectos para los demás, en los que les beneficie exclusivamente. Por tanto, si la transacción es beneficiosa, habrá vinculación a ella de todos los demás.

Para que la transacción, en caso de incumplimiento, pueda ejecutarse por la vía judicial como si fuera una sentencia, es necesario que tenga carácter judicial, pero el artículo 1.816, que así lo dispone, no define lo que sea esta clase de transacción. La jurisprudencia entiende que es la que se incorpora al pleito existente entre las partes, no la que se compone para acabarlo aunque manifestando exclusivamente al órgano judicial que de él entiende que han transigido sus diferencias (Ss. de 22 de abril de 1911 y 21 de abril de 1942) [2].

[2] Esta jurisprudencia dice que la transacción es judicial cuando se somete «al conocimiento y aprobación del juzgador». En realidad, el juzgador no debe aprobar el *contenido* de la transacción, sólo comprobar que se cumplen los requisitos generales (capacidad, idoneidad de la materia para ser resuelta por vía transaccional).

La equiparación entre transacción y sentencia no impide que pueda discutirse en vía judicial la eficacia o ineficacia de lo convenido en una transacción (S. de 25 de mayo de 1974), pero sí que se resuelva si una de las partes incumple lo que ha prometido, reviviendo la controversia primitiva, salvo que hayan expresamente modificado o extinguido la situación jurídica anterior que las ligaba, sustituyéndola por otra; será entonces la nueva relación jurídica la que se incumpla [3]. De la misma forma que el que no cumple lo ordenado en una sentencia sólo puede ser forzado a cumplirla, la que se han dado a sí mismas los transigentes sólo puede pedirse judicialmente que se cumpla, debido a la fijación convencional de la situación jurídica que entre ellas se ha hecho.

Otros efectos de la transacción son los siguientes:

1.º No es título para la usucapión, salvo que uno de los transigentes obtenga algo que no fue discutido a cambio de su reconocimiento a las pretensiones del que hizo el desplazamiento patrimonial.

2.º No implica responsabilidad por evicción, puesto que el que reconoce los derechos del contrario en una controversia no le atribuye ni transfiere nada, salvo que, como en el caso anterior, la evicción afecte a cosa distinta de la controvertida.

VII. INEFICACIA DE LA TRANSACCION

Dice el artículo 1.817 que «la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265. Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado». En principio, pues a la transacción se han de aplicar las normas generales sobre vicios de la voluntad en el consentimiento, si bien con las matizaciones que se harán a continuación.

A) EL ERROR

Estrictamente considerado, el error en la transacción puede recaer sobre su objeto, en otras palabras, sobre la cuestión debatida, o sobre las bases o premisas en que se sustenta la controversia, lo que tradicionalmente se han llamado error *in caput controversum* y error *in caput non controversum*, respectivamente. Así, v. gr., A y B discuten sobre la propiedad de un fundo, concretamente, si A lo ha adquirido o por usucapión o no. B reconoce el derecho de

[3] Vid. Ss. de 8 de febrero de 1926 y 29 de septiembre de 1930.

A, y después descubre que su postura en el conflicto estaba equivocada pues creía que para adquirir la propiedad por usucapión se necesitaba poseer la cosa un determinado plazo, que no era el que señala la ley, o bien erró al contar el tiempo en que A estuvo en posesión de ella. Estamos en un error (de derecho o de hecho, respectivamente) que se circunscribe a la cuestión debatida (adquisición de la propiedad por A). En cambio, si después descubre B que la finca pertenece a una persona de quien es heredero, porque tenía un título válido de adquisición, el error recae sobre *caput non controversum,* ya que se ha planteado la cuestión de la propiedad de A por *usucapión,* ignorando que la finca le pertenece a él.

Cuando el artículo 1.817 da relevancia al error en la transacción, ¿a qué clase se refiere? La jurisprudencia ha rechazado justamente que sea al de derecho sobre *caput controversum* por ir contra la naturaleza y finalidad de las convenciones. (Ss. de 20 de marzo de 1951 y 16 de diciembre de 1953). Se pretende, al reconocer jurídicamente la fuerza de la transacción, acabar con toda controversia, lo que no se lograría si a continuación las partes pudieran volver sobre el fundamento jurídico de las pretensiones que mantuvieron, argumento que también vale para rechazar la relevancia del error de hecho. No hay que olvidar que el Código civil exige únicamente como presupuesto de la transacción una situación controvertida, la razón por lo que lo haya sido no le importa. Además, la tesis favorable a la eficacia de aquel error sobre *caput controversum* es estéril, porque es muy difícil probar que a la transacción no se ha llegado por deseo de acabar o no iniciar un litigio simplemente o de darle una pronta solución, sino por las dudas que tenían las partes sobre una situación jurídica a consecuencia del enfrentamiento de posiciones. En la realidad ocurre lo primero, y entonces el hipotético error es claro que no ha sido motivo determinante del acuerdo, como quiere el artículo 1.266 para que tenga relevancia anulatoria.

En favor de la tesis expuesta puede alegarse el artículo 1.818, que establece el principio general de que el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular la transacción, es decir aunque aquéllos puedan conducir a probar el error bajo el que estaba el transigente cuando formuló sus pretensiones y cuando transigió. La intención del legislador es la de relacionar tales documentos con el *caput controversum,* pues el Código civil, como veremos a continuación, se muestra partidario de la relevancia del error *in caput non controversum* en cualquier circunstancia.

En conclusión, el error del artículo 1.817 es un error sobre *caput non controversum,* sobre los presupuestos tenidos como indisputables por las partes, y sobre los cuales se apoya las diferentes posiciones que originan la situación controvertida. Sin embargo, el error de hecho (y por supuesto el de derecho) no puede ser alegado por quien lo sufre frente a la otra parte que se haya apartado de un pleito comenzado. Manifestaciones específicas de este error son:

a) *La falsedad de documentos.* Se descubre que la situación en que se apoyaba la controversia eliminada transaccionalmente o, si se quiere precisar más, donde tenían su asiento las pretensiones de las partes, no se ajustaba a la realidad por falsedad de documentos. Estimamos que los mismos deben ser fundamentales para el derecho de una de las partes, la que alega el error en que estaba. Sólo así puede cumplirse la cualidad de determinante para que posea trascendencia anulatoria de lo acordado, según el artículo 1.266.

Si la cuestión debatida ha sido si el documento es falso o no, no habrá lugar a volver sobre la solución acordada.

b) *El artículo 1.819.* Preceptúa: «Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá pedir que se rescinda la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

Pese a que se emplea el término *rescisión* (que se refiere a un negocio jurídico válido), tal transacción es anulable por error. Se ignora la existencia de la sentencia firme y se transige en la creencia de que la controversia está todavía viva. No falta, pues, la causa en el momento de la transacción (eliminar la controversia), lo que ocurre es que ha existido un error en los presupuestos básicos del objeto que dio motivo a ella. Se creía a la relación jurídica dudosa, pues sobre ella se articuló una controversia que necesitaba resolución para hacerla cierta y segura, y se ignoraba la circunstancia de que tal relación era ya pacífica por la declaración firme del órgano jurisdiccional (*error in caput non controversum*).

B) Dolo

Supuestos específicos de dolo en la transacción son los artículos 1.818 y 1.819.

En efecto, el artículo 1.818 sanciona con la nulidad la transacción por el descubrimiento de nuevos documentos con posterioridad si ha habido mala fe, que hay que interpretar en el sentido de que el documento se retuvo o se ocultó por una de las partes. Además, para que se dé aquel efecto, debe tener carácter decisivo para la controversia (vid. art. 1.796 L.E.C.).

La situación prevista en el artículo 1.819 puede constituir un supuesto de dolo, si uno de los transigentes no ignoraba que la controversia estaba ya resuelta por sentencia firme.

Un tema discutido es si cabe la anulabilidad por dolo de una transacción concertada sobre *litis* temeraria, es decir, cuando una de las partes ha mantenido en ella pretensiones carentes de apoyo, equiparando la maniobra insidiosa que es esencia del dolo al planteamiento de una controversia para obtener ventajas en una posterior transacción. Otros autores se inclinan por incluir la hipótesis en el supuesto de violencia moral (temor a la *litis*). En realidad, permitir la anulación por cualquiera de estas causas significaría suprimir la eficacia de la figura general de la transacción, de nada valdría ya, porque puede

ser impugnada si cualquiera de los transigentes demuestra que en la controversia él tenía razón (WINDSCHEID). Por otra parte, la transacción puede haberse querido a pesar de lo infundado de las pretensiones del contrario para evitar o tener que proseguir un pleito, con resultados más dañosos que la propia transacción, y, además, como observa VITERBO, no hay que desechar que exista una transacción justa de un litigio temerario, cuando sus bases se aproximan más a lo que realmente es justo que a lo que temerariamente se demandó. En estas condiciones se revela imposible detectar el carácter «determinante» de la presunta maniobra insidiosa en la transacción, como requiere el artículo 1.269[4].

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

GULLÓN BALLESTEROS: *La transacción,* Madrid, 1964; LUNA SERRANO: *La ineficacia de la transacción,* A.A.M.N., t. 23; MOXO RUANO: *Notas sobre la naturaleza jurídica de la transacción,* R.D.P., 1950; SANAHÚJA: *Consideraciones sobre el contrato de transacción y principales cuestiones que plantea,* R.D.P., 1945, p. 230; VÁZQUEZ GUNDÍN: *De las transacciones y compromisos,* en el «Código civil» de M. Scaevola, t. 28.

[4] El Código civil ha borrado toda la huella de una posible impugnación de la transacción porque la controversia se haya montado sobre pretensiones temerarias. En efecto, el artículo 1.727 del Proyecto de 1851 decía que el error de hecho de un transigente no podía alegarlo frente al otro, si éste se había apartado por la transacción de un pleito comenzado, *«o haya desistido de intentarlo, si podía hacerlo sin temeridad».* El actual artículo 1.817, que recoge el anteriormente citado, ha eliminado el supuesto subrayado.

35. EL CONVENIO ARBITRAL

I. LA DECISION DE CONTROVERSIAS JURIDICAS POR TERCEROS

Cuando media un conflicto o controversia de tipo jurídico entre dos o más personas, puede ser compuesto por ellas mismas a través de la transacción, o pueden invocar el derecho a la tutela judicial que reconoce el artículo 24 de la Constitución, y solicitar de la autoridad judicial su resolución. Pero el Derecho admite que, en lugar que esta última posibilidad, acuerden llevar su conflicto ante, árbitros, para que den una decisión o laudo que han de acatar por haberse sometido previamente a él.

Los árbitros ejercen, pues, unas funciones análogas a las de la autoridad judicial, si bien en el desarrollo de su labor pueden y deben contar con su colaboración y auxilio, como prevé la Ley de Arbitraje.

La actuación de los árbitros incide en una controversia jurídica entre las partes que la mantienen. La idea de controversia jurídica es distinta de la de conflicto de intereses puro y simple. La controversia jurídica es un conflicto de intereses desde luego, pero un conflicto en el que cada parte pretende una determinada tutela jurídica. Si A y B disienten acerca del precio de una cosa, estamos ante un conflicto de intereses simple. Pero si A, comprador, estima que no ha de pagar intereses por encima de un determinado tipo porque así lo dice el contrato, y B entiende que debe pagarlos porque su derecho se apoya precisamente en el contrato que A ha interpretado mal, estamos ante una controversia jurídica, porque cada parte pretende una determinada tutela jurídica para su interés en no pagar o en cobrar, respectivamente; apoyan sus pretensiones en normas jurídicas o convencionales.

La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 regula el derecho que se reconoce a las personas físicas o jurídicas a encomendar a terceros y no a la autoridad judicial las controversias jurídicas de su libre disposición, derogando expresamente los artículos que el Código civil dedicaba a la cuestión, que no tenían aplicación práctica, pues regía en un todo la anterior Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 1953.

II. EL ARBITRAJE

Según el artículo 1.° de la Ley, «mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho». Por lo tanto, el convenio de someti-

miento a la resolución de tercero o terceros, llamados árbitros, es el que instaura la institución del arbitraje, cuyo fin es el descrito en la norma citada.

Es de resaltar también que el arbitraje sirve para dirimir cuestiones litigiosas, o, dicho de otro modo, controversias jurídicas, tanto actuales como las que pueden nacer en el futuro. Naturalmente, debe interpretarse esto último como referentes a cuestiones litigiosas que puedan surgir de una determinada y concreta relación jurídica entre las partes. No es posible que dos personas se sometan, por ejemplo, a lo que los árbitros puedan decidir en cualquier controversia o conflicto jurídico que tengan en el futuro. Otra cosa es, y a esto es a lo que apunta el precepto, que tomen aquella obligación en relación con las controversias que pueden surgir del contrato de suministro, por ejemplo, que han convenido, o de compraventa o de arriendo.

El arbitraje se extiende a las controversias sobre materias que estén en la libre disposición de las partes «conforme a derecho».

A) Materias excluidas del arbitraje

El artículo 2.° de la Ley señala las siguientes materias que no pueden ser objeto de arbitraje:

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

Es una consecuencia lógica de la misma institución arbitral; no se puede dirimir por arbitraje lo que ya ha sido fallado en firme por la autoridad judicial porque no existe controversia, ha sido zanjada ya. Entendemos que la posibilidad de interponer un recurso de revisión contra el fallo no es obstáculo para que la controversia se considere fallada de forma «firme y definitiva», dada su excepcionalidad y limitación de causas en la Ley de Enjuciamiento Civil.

b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

En esta última circunstancia se encuentran los estados civiles, que son indisponibles, como sabemos. Los árbitros no pueden pronunciarse sobre cuestiones que exijan previamente un pronunciamiento sobre el que corresponda a una de las partes en conflicto. Por ejemplo, no pueden fallar si al consorte viudo le corresponden tales o cuales derechos en la herencia de su marido, si previamente han de dictaminar sobre la vecindad civil que tenía el causante porque es la que determinará la ley aplicable a la sucesión y de la que depende su decisión sobre aquella materia económica.

c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí solos.

Por último, el artículo 2.° excluye de la aplicación de la Ley de 1988 a los arbitrajes laborales.

B) Forma y clases de arbitraje. El llamado arbitraje libre

La Ley de 1988 sigue el criterio riguroso en cuanto a la forma que establecía la Ley anterior de 1953. Dice que «el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley» (art. 3.°1).

El arbitraje puede ser de Derecho o de equidad, según que la cuestión litigiosa haya de ser decidida con sujeción a Derecho o en equidad, equivalente al saber y entender de los árbitros. La elección corresponde a las partes, pero en el caso de que no hayan optado *expresamente* por el de Derecho, los árbitros decidirán en equidad. Se exceptúa el supuesto de que se haya encomendado la administración del arbitraje (es decir, su desarrollo) a una Asociación o Corporación, «en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento» (art. 4.°).

No obstante el riguroso requisito de forma exigido por la Ley, se sigue conservando la institución llamada «arbitraje libre», de la anterior de 1953. A este respecto dice el apartado 2 del artículo 3.°: «Cuando en forma distinta de la prescrita de esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, *después de emitida,* el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.»

Esta figura jurídica se diferencia netamente del arbitraje, pues las partes han de aceptar la decisión *después de emitida;* no se obligan antes a aceptar lo que decidan los árbitros, que es esencia del convenio arbitral que instaura el arbitraje, como veremos. Por eso, más que de arbitraje libre, debe hablarse de «mediación» o «conciliación».

III. EL CONVENIO ARBITRAL

A) Concepto, naturaleza y contenido esencial

A raíz de lo que llevamos dicho sobre el arbitraje, podemos afirmar que el convenio arbitral es el resultado de las declaraciones de voluntad de las partes por las que instauran dicho arbitraje. Todas estas declaraciones se dirigen a un mismo fin, cual es que el tercero o terceros zanjen con su decisión la controversia que las envuelve, no teniendo pues tal convenio una misión de componer intereses contrapuestos como el contrato.

El artículo 5.° de la Ley obliga a que el convenio exprese «la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión. Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodará a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación».

Por tanto, no es necesario en todo caso que en el convenio se fije ya la controversia o conflicto que los árbitros han de dirimir, pues puede ser futura; sólo la relación jurídica de donde pueda surgir habrá de indicarse.

Tampoco forman parte del contenido esencial del convenio arbitral la designación de los árbitros ni el procedimiento que deben seguir para la emisión de su laudo. Es más, si nada se hubiera pactado sobre estos extremos en el convenio, podrán completarlo en cualquier momento mediante acuerdos complementarios (art. 9.°1). Entendemos que tales acuerdos complementarios deben revestir la misma forma que el convenio arbitral, de la que trataremos a continuación.

Es de destacar que la Ley de 1988 ha abolido la distinción, con su consiguiente régimen jurídico, que perfiló la anterior Ley de 1953 entre el compromiso arbitral (equivalente a lo que hoy es el convenio arbitral cuando la controversia es actual) y la cláusula compromisoria, o estipulación por la que se obligan las partes a instituir el arbitraje en el futuro si de una determinada relación jurídica existente entre ellas surgían conflictos jurídicos. Ahora hay una figura única, el convenio arbitral, y el hecho de que la controversia no exista no es obstáculo para su perfección y obligatoriedad.

B) Capacidad de las partes

A diferencia de la anterior Ley de 1953, la de 1988 no dice expresamente nada sobre la capacidad que han de tener las partes para celebrar el convenio arbitral. Antes se exigía capacidad para enajenar. No obstante, ahora, al requerirse que el arbitraje recaiga sobre materias de libre disposición de las partes, el legislador sigue en realidad la misma línea que en 1953: las partes han de tener capacidad de disposición no limitada y, además, sobre los derechos implicados en la controversia.

El tutor del sometido a tutela requerirá autorización judicial (art. 271). Creemos que también la precisarán los padres que ejercen la patria potestad si convienen el arbitraje sobre derechos pertenecientes al menor, aunque no se especifique de una manera concreta en el artículo 166, pero es una consecuencia ineludible de la premisa sentada: convenir el arbitraje es disponer. Por la misma razón, el menor emancipado necesitará el complemento de su capacidad del artículo 323.

C) Forma

La Ley de 1988 ha configurado el convenio arbitral con una gran libertad en cuanto a su forma. Requiere únicamente que conste «por escrito», que lo mismo puede ser escritura pública o documento privado. También puede estipularse como cláusula incorporada a un contrato principal o como acuerdo

independiente del mismo (art. 6.°1). Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje *constancia documental* de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.°2).

La nulidad de un contrato no llevará consigo *de modo necesario* la del convenio arbitral accesorio, dice el artículo 8.°. Claro está que ello ocurrirá cuando tal convenio no se refiera para nada a la relación jurídica nacida de aquel contrato, pues al declararse su nulidad es obvio que no puede producir el nacimiento de ninguna controversia.

La Ley de 1988 recoge, al igual que la anterior de 1953, la posibilidad de que el arbitraje se instaure testamentariamente. Preceptúa el artículo 7.°: «Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.» Pero, a diferencia de la precedente Ley de 1953, no se dice que el testador lo ha de instituir en «disposición testamentaria». Parece como si la alusión al «testador» lo supliera.

D) La designación de los árbitros. La intervención judicial

Como hemos indicado con anterioridad, la designación de los árbitros no es contenido esencial del convenio arbitral, ni hay obligación para las partes de celebrar acuerdos complementarios para este fin. No obstante, si lo hacen, han de tenerse en cuenta las siguientes prescripciones legales:

a) Las partes podrán deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros (art. 9.°2).

b) Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros (art. 9.°3). La sanción parece excesivamente grave si se interpreta literalmente el precepto: nulidad de todo el convenio arbitral. En realidad, no hay razón alguna para haber estimado la nulidad de la parte referente a la designación de árbitros. En otras palabras, el convenio arbitral que tenga como contenido aquella peculiaridad, pero no todas las restantes cláusulas del mismo que no se refieran al tema.

Una novedad de la Ley de 1988 es el artículo 10, a cuyo tenor las partes pueden encomendar la administración del arbitraje (que hemos dicho es igual a su desarrollo; nombramiento de árbitros, procedimiento para actuar, etc.), de acuerdo con su reglamento, a:

a) Corporaciones de Derecho Público, que puedan desempeñar funciones arbitrales, de acuerdo con sus normas reguladoras.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

Los reglamentos arbitrales de las Corporaciones de Derecho Público y de las Asociaciones y sus modificaciones se protocolizarán notarialmente.

Hay una tercera forma de designación de los árbitros, que es la judicial. En efecto, se regula en la Ley un procedimiento *ad hoc* por el que las partes, en defecto de acuerdo en la designación de los árbitros, pueden acudir al juez de Primera Instancia para que efectúe tal designación (arts. 38 a 42). El juez no podrá rechazar la «formalización judicial del arbitraje» (terminología ésta que utiliza la Ley, evidentemente impropia pues parece abarcar mucho más que la mera designación de los árbitros, que es a lo que se circunscribe el procedimiento), salvo cuando «considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes» (art. 42.1). Esta frase hay que ponerla para su entendimiento en relación con el artículo 5.° de la Ley, en el que la voluntad inequívoca se refiere al sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje, que debe figurar necesariamente en el convenio arbitral.

No procederá la formalización judicial si los árbitros hubiesen sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la Corporación o Asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo (art. 38.2).

Está legitimada cualquiera de las partes para solicitar la formalización judicial de la que tratamos (art. 38.1).

En la Ley de 1988, la «formalización judicial del arbitraje» que regula no se extiende a que el juez delimite la controversia sobre la que han de fallar los árbitros. Explica la Exposición de Motivos que ello se ha debido a la intención de simplificar el procedimiento arbitral propiamente dicho, y, en la línea de otros ordenamientos, «se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje». La verdad es que en ningún precepto de la Ley se recoge de una manera expresa esta facultad de los árbitros, pero hay que interpretarla en consonancia con lo querido por el legislador.

E) Efectos del convenio arbitral

El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese los invoque *inmediatamente* con la oportuna excepción (art. 11.1).

La excepción procesal de compromiso que se invoca frente a la demanda es una consecuencia del haberse sometido las partes a la decisión arbitral y a aceptar la misma, que es, como sabemos, el contenido esencial del convenio.

La Ley se expresa en este punto con una gran amplitud: los jueces y tribunales, a petición siempre de parte interesada y no de oficio, no pueden conocer de «las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje». No se hace ninguna distinción en cuanto a si se ha delimitado en el convenio arbitral o posteriormente

la controversia, por lo que hay que entender que tanto las delimitadas como no delimitadas son objeto del precepto que estudiamos. Esta posición del legislador es radicalmente nueva, pues en la Ley de 1953 los árbitros actuaban sobre una controversia fijada o señalada por las partes o por el juez (si se acudía a lo que con toda propiedad era allí una formalización judicial del arbitraje). Ahora basta con que haya un convenio arbitral para que cualquier cuestión derivada de la relación jurídica indicada en el mismo que haya surgido en su desenvolvimiento no pueda ser llevada a autoridad judicial. Con ello se da una ventaja a los convenios en que no se ha perfilado la cuestión controvertida, porque respecto a los que la delimitan sólo operará la excepción en tanto verse sobre tal cuestión. En cambio, si en el convenio se ha aludido sólo a la relación jurídica de donde puede surgir en el futuro una controversia, cualquiera que surja tendrá enfrente a aquella excepción si se plantea judicialmente.

Se permite a las partes renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita entonces la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian «cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» (art. 11.2).

También quedará expedita la vía judicial cuando los árbitros hubiesen sido designados directamente por las partes y todos o algunos no hubiesen aceptado o se imposibilitasen para emitir laudo o si la Corporación o Asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo, salvo que las partes lleguen a un acuerdo (art. 38.2). Este acuerdo será el de nuevo nombramiento o en confiar a otra Corporación o Asociación la administración del arbitraje.

IV. LOS ARBITROS

A) Capacidad y cualidad

Pueden ser árbitros las personas *naturales* que se hallen, *desde su aceptación,* en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1). Es decir, han de actuar con plena capacidad de obrar.

Se prohíbe actuar como árbitros a los jueces, magistrados y fiscales en activo, y a quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel. También se prohíbe a quienes tengan con las partes, o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez (art. 12.3 y 4).

Cuando el arbitraje sea de Derecho, los árbitros han de ser abogados en ejercicio (art. 12.2).

Cuando la administración del arbitraje se haya encomendado a una Corporación o Asociación, el nombramiento de árbitros se efectuará conforme a sus reglamentos, siempre que se respeten los anteriores requisitos legales, y sin

que puedan ser designados quienes hubieren incumplido un encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales (art. 14).

B) Número

Será siempre impar, y las reglas para el nombramiento de Presidente del Colegio Arbitral, si son varios, se fijarán por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres, y el Presidente será elegido por mayoría por los propios árbitros, y si no hubiese acuerdo, será el de mayor edad. Cuando la administración del arbitraje se haya encomendado a una Corporación o Asociación, la designación de Presidente se hará conforme a su reglamento (art. 13).

C) La aceptación del arbitraje y sus consecuencias

La designación se comunicará *fehacientemente* a cada uno de los árbitros para su aceptación. Si no se acepta *por escrito* en el plazo de quince días naturales a partir del siguiente a su notificación *ante quien los designó,* se entenderá que *no se acepta* el nombramiento. En la misma forma y por los mismos medios se procederá en los casos en que la designación se hiciera mediante una Corporación o Asociación o cuando las partes hayan deferido a un tercero la designación de los árbitros (art. 15). La aceptación del encargo recibido por ese tercero, o el de la administración del arbitraje por Corporación o asociación, no está sujeta a tales reglas, que rigen sólo para los árbitros. La Ley debió extenderlas para comprender estos supuestos, pues tan importante es la aceptación del encargo como la de árbitro.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que se causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros (art. 16.1).

Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la Corporación o Asociación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (art. 16.2).

D) Recusación

Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces, si han sobrevenido después de su designación, o si siendo anteriores fueron conocidas con posterioridad, o cuando no hubieren sido designados directamente por las partes. Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan (art. 17). Por supuesto, la Ley parte de la base de que los designados han aceptado el cargo.

Si el recusado acepta la recusación, será apartado de sus funciones, procediéndose al nombramiento de otro en la forma prevista para las sustituciones. Si no la acepta, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo mediante el pertinente recurso (art. 18).

E) Sustitución

Cualquiera que sea la causa por la que haya de designar un nuevo árbitro, se hará por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido (art. 19).

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La Ley de 1988 no establece un procedimiento a través del cual los árbitros han de desenvolver su actividad, sino unas reglas imperativas que deben observarse en ella, y que el procedimiento elegido respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes (art. 21.1).

El procedimiento lo fijan las propias partes o las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje. En su defecto, los árbitros (art. 21.2).

Las partes pueden actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio (art. 21.3).

El procedimiento comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1).

La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros (es decir, cuando se trata de materias excluidas legalmente del arbitraje), inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral, deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones *iniciales.* Si los árbitros estimasen la oposición, quedará expedita la vía judicial para la solución de la cuestión litigiosa, sin que quepa recurso alguno contra la decisión arbitral. Si es desestimatoria, podrá impugnarse al solicitarse la anulación judicial del laudo. En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros *podrá* ser apreciada de oficio por éstos aunque no fuese invocada por las partes (art. 23).

El lugar donde se desarrollará la actuación arbitral puede ser designado en el convenio arbitral o en los reglamentos arbitrales de las Corporaciones o Asociaciones que administren el arbitraje. En su defecto, lo harán los árbitros, así

como el lugar en el que deban realizar cualquier actuación concreta, y lo notificarán a las partes (art. 24.1).

De la misma forma se determinará el idioma en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral y lo notificarán a las partes. No podrán elegir los árbitros un idioma que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará la actuación arbitral (art. 24.2).

Las partes podrán designar un domicilio para recibir notificaciones. En su defecto, se entenderá como domicilio el del propio interesado o, en su caso, el de su representante (art. 24.3).

La Ley no fija plazos dentro de los cuales los árbitros hayan de desarrollar el arbitraje, excepto para la emisión del laudo. Pero los árbitros han de fijar plazos preclusivos a las partes para formular sus alegaciones (art. 25).

Los árbitros practicarán a instancia de parte o por propia iniciativa las pruebas que estimen *pertinentes* y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes (art. 26).

Para la práctica de pruebas que los árbitros no puedan efectuar por sí mismos, están facultados para solicitar el auxilio del juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje (arts. 27 y 43).

Si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas que se hubieren realizado con anterioridad, salvo si el árbitro se considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones (art. 28).

Se prevé legalmente que los árbitros pueden nombrar un Secretario, de acuerdo con las partes. En su defecto, lo podrán elegir entre ellos pero en ningún caso deberá ser el Presidente del Colegio Arbitral (art. 20).

Los acuerdos o resoluciones del Colegio Arbitral se decidirán por mayoría de votos dirimiendo los empates el Presidente. Si no hubiere acuerdo mayoritario, serán dictados por el Presidente (art. 34).

VI. EL LAUDO

Dice el artículo 30 de la Ley, que «si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio Arbitral. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial. Transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia». Como se ve, queda ante todo confiada a la autonomía de las partes la fijación del plazo para dictar el laudo, pero entendemos que, si han encomendado la administración del arbitraje a alguna Corporación o Asociación, aceptan los plazos para dictar el laudo que figure en sus reglamentos arbitrales.

En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo *cierto y determinado* (art. 31).

El laudo deberá darse por escrito. Expresará al menos las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral. Será motivado en los arbitrajes de Derecho (art. 32).

El laudo será firmado por los árbitros, que podrán hacer constar su parecer discrepante. Si alguno no lo firmase, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría (art. 33.1).

El laudo se protocolizará notarialmente y será notificado de modo fehaciente a las partes (art. 33.2).

El laudo se decidirá por mayoría de votos, dirimiendo los empates el voto del Presidente. Si no hubiera acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente (art. 34).

En el laudo los árbitros habrán de pronunciarse sobre las costas del arbitraje (art. 35).

El laudo arbitral *firme* produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37).

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros que corrijan cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o que aclaren algún concepto oscuro u omisión del laudo. Los árbitros resolverán dentro de los diez días siguientes, protocolizarán su decisión notarialmente y harán que se notifique fehacientemente a las partes. Si en el plazo señalado no hubiesen resuelto, se entenderá que deniegan la petición (art. 36).

VII. RECURSOS CONTRA EL LAUDO

Contra el laudo caben: *a)* el recurso de anulación del laudo, que se sustancia ante la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiese dictado; *b)* el recurso de revisión, ante el Tribunal Supremo y conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes (arts. 37 y 46-51).

El laudo sólo podrá anularse por las siguientes causas que señala el artículo 45 de la Ley:

1.ª Cuando el convenio arbitral fuese nulo (p. ej., las partes no tienen capacidad o la materia está excluida del arbitraje). No se exige que antes se haya hecho esta alegación ante los árbitros.

2.ª Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley.

Hay que tener en cuenta que cuando se acude al juez para que nombre los árbitros en defecto de acuerdo de las partes, el auto en el que accede no es

susceptible de recurso alguno (art. 42.2). Pero puede caber el recurso de anulación si en el procedimiento se ha producido una vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes.

3.ª Cuando el laudo se haya dictado fuera de plazo.

4.ª Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos, la anulación afectará sólo a aquellos puntos, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.

Hasta la Ley de 1988, el Tribunal Supremo venía manteniendo una doctrina reiterada sobre la flexibilidad con la que hay que apreciar estas extralimitaciones, reconociendo a los árbitros amplias facultades de interpretación de los objetivos del arbitraje (Ss. de 21 de septiembre, 9 de octubre de 1987 y 17 de marzo de 1988, entre otras).

5.ª Cuando el laudo fuese contrario al orden público. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de 1988, este último concepto debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución.

A pesar del recurso, la parte a quien interese podrá solicitar del juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución del laudo medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza (art. 50).

VIII. EJECUCION DEL LAUDO

El laudo arbitral, una vez firme, es un título ejecutivo. Es firme cuando no se ha planteado recurso de anulación en el plazo establecido legalmente o ha sido desestimado el interpuesto. Es ejecutable por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias, pero la competencia para ello no le corresponde a los árbitros, sino al juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado. Se ha de pedir al mismo por el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje de 1988 (arts. 52-55).

La citada Ley también regula la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros, entendiéndose por tales los dictados fuera de nuestro país. La solicitud se hará ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, y se procederá de acuerdo con los Tratados internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento interno y, en su defecto, por las normas que se contienen al efecto en la Ley de 1988.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

CREMADES SANZ-PASTOR: *Arbitraje comercial internacional,* Madrid, s.f.; GULLÓN BALLESTEROS: *Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988,* La Ley, núm. 2. 214, 1989; O'CALLAGHAN MUÑOZ: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988,* Actualidad Civil, núm. 1 de 1989; ORTIZ NAVACERRADA: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales,* Actualidad Civil, núm. 2 de 1989: PANTALEÓN PRIETO: *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje,* La Ley (Revista semanal de Legislación), núm. 10, 1989.

36. LA SOCIEDAD CIVIL

I. LA SOCIEDAD CIVIL Y SUS CARACTERES JURIDICOS

El Código civil define la sociedad en el artículo 1.665, diciendo que es un contrato «por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». A primera vista destaca que esta definición hace referencia a una figura muy especial constituida por la técnica jurídica dentro del campo del Derecho privado, que se separa o que por lo menos en alguna medida restringe la idea vulgar y amplia que se puede tener de «sociedad». En un sentido genérico se llama «sociedad» a toda agrupación o conjunto de personas que coexisten y tratan de realizar una finalidad u objetivo. En un sentido más limitado la palabra «sociedad» se reservará para aquellas agrupaciones cuya constitución es voluntaria para sus miembros, distinguiéndola de las comunidades, que se pretende que son espontáneas o naturales o en todo caso independientes de la voluntad individual (por ejemplo, la familia, el municipio, etc.). Ninguna de estas ideas es aplicable, como decíamos, al supuesto contemplado por el artículo 1.655 del Código civil.

Nuestro Código utiliza con carácter genérico la idea de «asociación» recogida en el artículo 35, donde se distinguen las que tienen interés público y otras que son de simple interés particular, entre las que el citado precepto menciona precisamente las civiles, mercantiles o industriales. Por tanto, desde el punto de vista de la técnica del Derecho privado, el concepto genérico es el de «asociación», que abarca todas las agrupaciones o conjuntos de personas cualesquiera que sean los fines que persigan.

Dentro de ese concepto genérico, la sociedad civil se caracteriza por la concurrencia de unos muy concretos y determinados rasgos esenciales, que se deducen de la definición contenida en el artículo 1.665: *a)* ser un contrato; *b)* determinar la puesta en común de dinero, bienes o industria; *c)* estar presidida por el próposito de obtención de una ganancia, que ha de hacerse común entre sus socios y, además, dividirse entre ellos.

El contrato de sociedad es consensual, productor de obligaciones («se obligan a poner en común»). No se requiere la efectividad de toda o parte de la aportación para su perfección. Sin embargo, se ha cuestionado esa naturaleza contractual.

A) La sociedad como contrato

Un sector de la doctrina moderna ha impugnado la naturaleza contractual de la sociedad, partiendo de una concepción del contrato como instrumento

de composición de intereses contrapuestos (p. ej., los del comprador y vendedor, arrendador y arrendatario). En la sociedad, se dice, hay un fin común que los socios pretenden alcanzar, por lo que la contraposición de intereses queda sustituida por la idea de cooperación. En consecuencia, la sociedad no nace de un contrato sino de un acto colectivo, de carácter unilateral, que se da cuando varios sujetos manifiestan una voluntad no contrapuesta a la de los demás, dirigida a conseguir un mismo efecto en interés de todos. Otros autores hablan de acto complejo o de acuerdo, porque las declaraciones de voluntad, dirigidas al mismo fin, se unifican en una sola voluntad. Incluso en el Derecho italiano se crea y regula la categoría de los contratos plurilaterales en los que se encaja la constitución de sociedad, caracterizados por la existencia de más de dos partes y en los que las prestaciones de cada una se dirigen a un fin común.

A la sociedad no se le puede negar su naturaleza contractual en tanto que en su momento creativo y durante su vida hay intereses contrapuestos que el contrato social ha compuesto. Observaba en este sentido Ascarelli que en el momento de fundación de una sociedad cada parte trata de sacar el mayor partido a su aportación, pretendiendo más participación en los beneficios o en la marcha de la vida social. Por otra parte, el estudio de las sociedades anónimas ha puesto de relieve que los accionistas están animados por intenciones diversas (de control de la sociedad, de rentabilidad, de especulación). La disciplina del contrato social trata de aunar o hacer compatibles estos contrastes.

Ahora bien, si la sociedad es un contrato, no hay duda de que no encaja en el esquema de los típicos contratos de cambio, porque efectivamente se persigue un objetivo o fin común, no intereses individuales como en estos últimos, en los que su satisfacción se logra mediante un intercambio de prestaciones. En la sociedad, los socios no cambian sus prestaciones, para nada quieren cada uno las de los otros, sino que, como dice Larenz, las coordinan de un modo funcional para obtener el fin común. Lo que cada socio obtiene para sí, lo recibe directamente de los rendimientos de la actuación y patrimonio comunes, no de cada uno de los consocios. En suma, la sociedad es un *contrato asociativo,* porque la nota que le caracteriza es la colaboración o cooperación de los contratantes para conseguir el fin que pretenden, no las prestaciones que han de realizarse. Otra nota del contrato asociativo es un carácter organizativo, en tanto que establece una relación necesariamente estable y compleja en la que hay que regular aquella cooperación o colaboración y los elementos que sirven como instrumentos para ello.

El alejamiento del contrato de sociedad del esquema del contrato de cambio origina un especial régimen de incumplimiento de la obligación del socio de realizar la aportación. Cuando la sociedad (si es persona jurídica), o los demás socios exigen su cumplimiento, lo hacen para que sea posible alcanzar el fin común previsto, que beneficiará a todos. Por ello, si incumplen, podrán los socios pedir la disolución de la sociedad porque falta el presupuesto de la colaboración, cuya primera y principal manifestación es realizar la aportación.

El socio que haya cumplido o esté dispuesto a cumplir podrá pedir la disolución de la sociedad por incumplimiento de las obligaciones asumidas por el socio incumplidor, si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado (art. 1707; "faltar uno de los compañeros a sus obligaciones"). Si fuese por tiempo indeterminado, no hace falta norma específica ya que cualquiera de los socios puede pedir la disolución sin necesidad de alegar ningún motivo, siempre que proceda de buena fe y no sea inoportuno el tiempo de disolución para los intereses sociales (en cuyo caso sólo quedaría aplazada). Entendemos que el pretender la disolución cuando no cumplen otro u otros no es conducta contraria a la buena fe.

B) La constitución de un fondo común

Sabemos que el artículo 1.665 obliga a los socios a poner *en común* dinero, bienes o industria. No prohíbe, sin embargo, que las aportaciones sean sólo de industria, e incluso 116 del C. de c., al definir el contrato de compañía mercantil, dice que los socios se obligan a poner a fondo común «bienes, industria *o alguna de estas cosas*». La realidad, sin embargo, indica que no hay ninguna sociedad sin un patrimonio por mínimo o exiguo que sea, pero no es un requisito legal. No obstante, la jurisprudencia insiste en la necesidad de un patrimonio común que será uno de los elementos caracterizadores de la figura societaria (Ss. de 3 de diciembre de 1959 y 18 de noviembre de 1986).

En el supuesto de aportaciones de industria o trabajo exclusivamente, la sentencia de 3 de diciembre de 1959 niega que exista sociedad cuando no hay unidad de negocio, aunque se dé una relación entre los explotados por los contratantes, conservando los mismos su individualidad. Es este un concepto estrecho; debe ampliarse para recoger todas las colaboraciones o trabajo en común con ánimo de distribuirse ganancias y pérdidas.

En el supuesto litigioso, dos empresas de transportes de dos regiones distintas, convinieron en asociarse de modo que una de ellas consignaría a la otra las mercancías destinadas a su zona de negocio, y ésta haría lo mismo con aquélla, estableciendo el reparto de pérdidas y ganancias por mitad. Análogo supuesto es el de la sentencia de 18 de noviembre de 1986, que no se aparta de la doctrina de la de 1959.

C) El lucro

El último de los trazos con el artículo 1.665 contribuye a dibujar la figura del contrato de sociedad es el «ánimo de partir entre sí las ganancias». Ese factor del contrato de sociedad supone una triple condición: que la intención (aunque no exclusiva según se deriva de la sentencia de 28 de marzo de 1919) de los socios sea la de obtener una ganancia; que esta ganancia sea común a todos los socios, y que la ganancia, o la pérdida eventual, haya de ser repartida entre ellos (S. de 18 de noviembre de 1986).

La ganancia debe ser partible entre los socios, por lo que en nuestro Código civil es un incremento positivo en relación con los bienes o patrimonio social. Una sola excepción cabe hacer; la de la sociedad que tiene por objeto el uso de cosas determinadas, admitida en el artículo 1.678.

D) La intención de constituir sociedad o *affectio societatis*

Una línea doctrinal fundada en la tradición histórica y en algunos textos de Derecho romano viene exigiendo como especial requisito de la celebración del contrato de sociedad la llamada *affectio societatis* o también *animus contrahendae societatis.*

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha recogido esta idea, señalando que en la sociedad, «la oposición de intereses propia de los contratos conmutativos está sustituida por la convergencia de intereses», de manera tal que la «voluntad de unión» es indudablemente el primer elemento esencial de la causa del contrato; y esa voluntad de unión, junto con la voluntad de correr en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancia, constituye *affectio societatis,* que «en síntesis no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato de sociedad, debiendo el juez indagar en cada caso la intención que preside la celebración del contrato, para discernir si se trata de una verdadera sociedad» (S. de 3 de diciembre de 1959). La sentencia de 27 de junio de 1960 habla de *affectio* como sinónima de la voluntad de constituir sociedad distinta del consentimiento contractual.

Sin embargo, con indudable acierto señalaba Castán que, aunque esta noción de la *affectio societatis* tenga todavía algún arraigo en la doctrina y en la jurisprudencia, son hoy muchos los autores que impugnan la existencia de ese pretendido elemento característico del contrato y muchos también los que lo mantienen aunque con escasa fe o lo rechazan implícitamente al pasarlo en silencio. Y es que, añade Castán, tanto si se sigue un criterio subjetivo para definir la *affectio societatis* (considerándola como intención de asociarse o de someterse al contrato de sociedad), como si se prefiere un criterio objetivo (viendo en ella un elemento económico de cooperación activa), siempre resulta que la *affectio societatis* viene a refundirse en los otros requisitos de contrato de sociedad.

Y, efectivamente, parece que es así. El contrato de sociedad no requiere una especie de voluntad «mística», ni tampoco un consentimiento que sea distinto del que requieren los demás tipos contractuales. En todos los contratos se constata una representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos y una cierta voluntad de alcanzarlos. La *affectio societatis* no parece ser otra cosa que el genérico consentimiento contractual, unido al fin que las partes persiguen. Pero ese fin se valora en todos los contratos para interpretar sus pactos y sus estipulaciones y para someterlos a una determinada calificación, no es específico del de sociedad.

II. LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES. SOCIEDADES CIVILES SIN PERSONALIDAD

Nuestro Código civil, que entre los cuerpos legislativos de la época es uno de los pocos que dedican preceptos a la disciplina general de las personas jurídicas, fue generoso en la concesión de la personalidad, de acuerdo con las ideas de exaltación de la misma dominantes en aquel momento histórico. En el artículo 35, después de decir que son personas jurídicas las asociaciones de interés público reconocidas por la ley, considera también como tales a "las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales *a las que la ley conceda personalidad propia,* independiente de cada uno de los asociados", señalando el artículo 36 que esas asociaciones se regirán por las reglas del contrato de sociedad, según la naturaleza de éste, en otras palabras, por las normas del contrato de sociedad civil o mercantil (Código civil o mercantil, respectivamente).

El Código de comercio de 1885 concedió la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles siempre que se hubiesen constituido conforme a sus disposiciones, las cuales precisan la concurrencia de la escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (arts. 116 y 119). Sin embargo, parece demostrado que en los anteproyectos de Código civil no había precepto que consagrase la personalidad jurídica de las sociedades civiles. Es más, el artículo 5.° del grupo de ellos que se ocupaban de la sociedad civil en el Anteproyecto de 1888 expresamente decía que la "sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de asociados". Pero mientras el texto legal del Código civil se publicaba en la Gaceta de Madrid parcial y lentamente desde el 9 de octubre de 1888, se elaboraban definitivamente los textos pendientes de ella [1], introduciéndose el 18 de noviembre de 1888, a propuesta de don Germán Gamazo, los artículos 1669 y 1670 , que se publican el 5 de diciembre del mismo año. [2].

Según el artículo 1669, «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos aspectos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes". Del precepto, formulado en forma negativa, se extrae la regla contraria, es decir, la personalidad jurídica de la sociedad civil salvo las que en él se mencionan.

Los dos factores del supuesto de hecho normativo aparecen en el artículo literalmente yuxtapuestos. En realidad, el simple hecho de que uno de los socios contrate en su propio nombre con los terceros, e incluso el hecho de que

[1] No se olvide que la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 autorizó al Gobierno para redactar el Código civil de acuerdo con aquéllas y publicarlo en la Gaceta de Madrid.

[2] Vid. J. LÓPEZ LÓPEZ y C. MELÓN INFANTE: *Código civil* (versión crítica del texto y estudio preliminar), Madrid, 1967, p. XIX y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto de Código civil en 30 de abril de 1888,* A.D.C., 1960, p. 1.180, nota 41.

ésta sea la forma habitual de contratar, no parece que permita por sí solo entender aplicable la disposición, pues la contratación en nombre propio (y por cuenta ajena) es una de las formas de actuar del representante. Una sociedad puede gozar de personalidad jurídica y, sin embargo, contratar uno de los socios en su propio nombre y no en el de la sociedad (vid. art. 1698). Parece por ello que la idea de la contratación en propio nombre la utiliza el artículo como una consecuencia necesaria del secreto de los pactos.

¿Qué significa la enigmática frase «cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios»? Interpretada literalmente, no sólo que el tercero que se relaciona con la sociedad conozca o pueda conocer su existencia, sino también todos los pactos del contrato social. Pero el Código civil no impone ni organiza ningún Registro público donde pueda inscribirse una sociedad civil, por lo que el conocimiento de los pactos sociales por esa vía normal está cerrado. No cabe más que la publicidad que le quiera dar el propio socio al contratar. En esta línea interpretativa creemos que la exigencia legal está cumplida si se le da a conocer la existencia de la sociedad al que se relaciona con ella, pues se supone que ha investigado o debido investigar su trama interna (patrimonio, socios, etc.) si le interesa contratar con ella [3].

Esta interpretación conduce al resultado de que una sociedad tendrá unas veces personalidad jurídica y otras no, según que el tercero la conozca o no. Otra más estricta es la que apunta Federico DE CASTRO. Cree el ilustre jurista que el artículo 1.669 hay que relacionarlo necesariamente con el artículo 1.670, el cual dispone que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren pueden adoptar las formas de las del Código de comercio, rigiéndose entonces por las disposiciones de éste en lo que no se opongan a las preceptos civiles sobre la sociedad. Como la adopción de la forma mercantil lleva consigo la necesidad de la escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, y el secreto de los pactos del artículo 1.669 equivale a falta de publicidad registral, dicho precepto *vendría a consagrar solamente la personalidad jurídica de las sociedades civiles con forma mercantil* [4], no de cualquier sociedad civil.

Tampoco está exenta de dudas la regla final del artículo 1.669, con arreglo a la cual «esta clase de sociedades —esto es, la que no tiene personalidad jurídica— se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». La remisión legal obliga desde luego a la aplicación de las estipulaciones del contrato social, que es la primera fuente de regulación de la comunidad después, claro está, de las normas imperativas (art. 392, p. 2.°), y supletoriamen-

[3] Desde luego, no debe identificarse la publicidad de la sociedad con el mero hecho de que se haya constituido en escritura pública, que puede ser perfectamente desconocido para el tercero. El protocolo de cada Notario no es un Registro Público, se encuentra sometido al secreto como principio general. Además, para que el tercero pudiese tener acceso a él es imprescindible como mínimo que conozca en qué Notaría se constituyó la sociedad.

[4] *Temas de Derecho civil,* Madrid, pp. 84 y ss.

te las que el Código civil contiene con este carácter en los artículos 392 y siguientes. En consecuencia, la normativa legal sobre la sociedad civil se reservaría para las que tuviesen personalidad jurídica, lo que carece de sentido pues precisamente se estructuró sobre la base de una sociedad sin personalidad, y muy posteriormente a su elaboración se introdujo el tema de la personificación. Obsérvese, además, que siguen siendo sociedades («esta clase de sociedades...»). La doctrina jurisprudencial reitera siempre que la aplicación de las normas de la comunidad de bienes ha de entenderse limitada al sustrato material o fondo común formado por los socios, al que pueden ser llevadas aportaciones con finalidad traslativa, perdiendo el aportante su titularidad exclusiva (S. de 26 de abril de 1988). Pero ha de constar de modo claro que se ha querido el pase a la propiedad común, que mira nuestro Derecho con recelo, hasta el punto de autorizar la acción divisoria (S. de 5 de julio de 1982).

III. CLASES DE SOCIEDADES

Las distinciones que hay que hacer dentro del concepto general del contrato de sociedad son fundamentalmente dos. La primera atiende, como criterio de clasificación, a la extensión de las aportaciones sociales, diferenciando entre sociedad universal y sociedad particular. La segunda, aludida por el artículo 1.670 del Código civil y básica en el Código de comercio, es la que se establece entre sociedad civil y sociedad mercantil.

A) La distinción entre sociedad universal y sociedad particular

Según el artículo 1.671 la sociedad es universal o particular. Dentro de la sociedad universal, el artículo 1.672 subdistingue la sociedad de todos los bienes presentes y la sociedad de todas las ganancias.

En la sociedad universal de todos los bienes presentes las partes ponen en común todos los bienes que actualmente les pertenecen con ánimo de partirlos entre sí, e igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos (art. 1.673). Generalmente se interpreta que se comprenden todos los bienes que pertenezcan al socio en el momento de la constitución y también los que puede adquirir durante la vigencia de la sociedad, siempre que la adquisición obedezca a título anterior a la constitución (v. gr., adquisición por ejercicio de derecho de retracto, por prescripción, etc.). El artículo 1.674 prohíbe que se comprendan en la sociedad los bienes que los socios adquieren posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí los frutos de estos eventuales bienes. Por tanto, la sociedad universal no se puede extender a los bienes futuros. Si se pactara así, habrá que entender nula la estipulación, salvo que la voluntad de

las partes fuera la de querer la sociedad con su objeto total, pues entonces se impondrá el criterio de la nulidad de la sociedad.

En línea de principio, en la sociedad universal de todos los bienes presentes se hacen comunes de los socios las ganancias adquiridas con tales bienes, pero no aquellas cuya fuente de producción sea otra. Se admite, sin embargo, que se puede pactar la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias (art. 1.674, p. 2.°).

Hasta aquí hemos hablado de los bienes que se ponen en sociedad. Pero ¿y las deudas? Las deudas contraídas con posterioridad a la celebración de la sociedad siguen las reglas generales que más adelante se expondrán. Las deudas del socio anteriores al momento de la constitución de la sociedad deben ser sufragadas por ella, al hacerse propietaria de los bienes, en aplicación de la regla *non sunt bona nisi deducto aere alieno*. Pero si se quiere producir un cambio en la titularidad pasiva del crédito habrá de mediar el consentimiento expreso o tácito del acreedor en aplicación de las reglas sobre la asunción de deudas.

La sociedad universal de ganancias la define el artículo 1.675 diciendo que comprende todo lo que adquieren los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad, y que en ella los bienes muebles o inmuebles que cada socio posea al tiempo de la celebración del contrato continuarán siendo del dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo. Así pues, la sociedad es propietaria de las ganancias procedentes de la industria o del trabajo y usufructuaria de los bienes muebles o inmuebles de cada socio, título por virtud del cual se convierte en propietaria de los frutos.

Si los socios se han limitado a estipular una sociedad universal sin determinar su especie, el artículo 1.676 establece que el contrato sólo constituye sociedad universal de ganancias.

Frente a la sociedad universal, la sociedad particular la caracteriza el artículo 1.678 por tener por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte. De esta descripción puede deducirse que en la sociedad particular confluyen dos factores, que son: la limitación de las aportaciones, en el sentido de que no son todos los bienes del aportante, y la limitación de la empresa u objeto.

B) La distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil. Sociedades civiles con forma mercantil

Dice el artículo 1.670 del Código civil que «las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio» y que «en tal caso les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código».

El criterio de distinción entre las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, según el artículo 1.670 del Código civil, radica en el «objeto a que

se consagren». De esta suerte, si la sociedad realiza actos mercantiles o actos de comercio, será sociedad mercantil y se le aplicarán las normas correspondientes. En caso contrario, la sociedad será civil. Sin embargo, el criterio formal aparece en el artículo 116 del Código de comercio (anterior al Código civil), cuando dice que el contrato de compañía «será mercantil cualquiera que fuera su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», y resplandece en el artículo 3.° de la Ley de Sociedades Anónimas, según el cual la sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposiciones que le sean específicamente aplicables queda sometida a los preceptos de dicha Ley, lo que se repite en el artículo 3.° de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Nosotros creemos que en nuestro Derecho positivo la solución del problema tiene que obtenerse conjugando adecuadamente los dos factores que antes se han expuesto. Por ello, si la sociedad se constituye regularmente y adopta alguno de los tipos reconocidos por la legislación mercantil, debe calificarse como sociedad mercantil. No obstante, a tenor del artículo 1.670, si la sociedad es civil por su objeto, sólo le son aplicables las disposiciones de la legislación mercantil en cuanto no se opongan a las del Código civil, salvo si el tipo elegido es la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Aquí la forma prejuzga totalmente el carácter mercantil y queda sometida a la legislación especial [5].

IV. CAPACIDAD DE LAS PARTES

La única regla específica que encontramos en el artículo de la sociedad civil es el artículo 1.677, que prohíbe que puedan contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja, pues se trata de evitar que a través de la sociedad se efectuaran de hecho. En el Derecho anterior se aludió con ello a la prohibición de sociedades universales entre esposos, pero tras la reforma introducida en el Código civil por la Ley de 13 de mayo 1981, la alusión ya no tiene razón de ser, pues pueden contratar entre sí y no están prohibidas las donaciones entre ellos (art. 1.323).

Otra limitación hace referencia al menor emancipado. Teniendo en cuenta que la aportación (en propiedad) a la sociedad se considera jurisprudencialmente como acto traslativo del dominio (S. de 3 de diciembre de 1981), en virtud del artículo 323 le está vedado realizar esa aportación, si es de bienes inmuebles, sin los requisitos que se señalan en el precepto citado para la disposición de los mismos.

[5] La Resolución de 28 de junio de 1985 niega que una sociedad constituida para realizar actos de comercio pueda adoptar la forma de sociedad civil.

V. OBJETO

La sociedad debe traer un objeto lícito y establecerse en interés de *todos* los socios. Si la sociedad ha tenido *ganancias* en el desarrollo de sus operaciones, una vez declarada la disolución por ilícita han de destinarse a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad o, en defecto, de los de la provincia (art. 1.666). Obsérvese que la ilicitud del objeto deriva hacia la *disolución* de la sociedad con su consiguiente liquidación, no a la nulidad.

VI. FORMA

El artículo 1.667 establece el principio de la libertad de forma para la constitución de la sociedad, «salvo que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso *será necesaria* la escritura pública». El artículo 1.668 declara *nulo* el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que se unirá a la escritura.

Pese a la rotundidad de las expresiones subrayadas, la doctrina jurisprudencial ha afirmado reiteradamente que la escritura pública no es requisito constitutivo de la sociedad. *Entre los contratantes* es válido el convenio de sociedad, cualquiera que fuere su forma (verbal o escrita), pudiéndose compeler entre sí al cumplimiento del requisito de la escritura pública (art. 1.279) (S. de 9 de octubre de 1987).

VII. APORTACIONES DE LOS SOCIOS

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.665, cada socio es deudor a la sociedad del dinero, bienes o industria que se ha obligado a aportar al constituirse la sociedad, no quedando supeditada la perfección del contrato hasta el momento en que se realizan. La sociedad comienza —dice el artículo 1.679— desde el momento mismo de la celebración del contrato si otra cosa no se hubiese pactado.

Las aportaciones de bienes pueden ser en propiedad o sólo para que el uso o goce sea de la sociedad (arts. 1.687 y 1.701). La naturaleza jurídica de las primeras es la de una transmisión del dominio, un acto de enajenación según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 16 de octubre de 1957, 9 de febrero de 1961 y 13 de enero de 1962, entre otras).

Los frutos de la cosa que hay que aportar son debidos a la sociedad desde el momento en que nace la obligación de entrega (art. 1.095). Si la aportación debida es dinero, el socio es de derecho deudor de los intereses, desde el día en que debió entregarlo, sin perjuicio de indemnizar, además, los daños que el retraso hubiese causado (art. 1.682, p. 1.°).

Norma especial para el socio de industria es la del artículo 1.683, a cuyo tenor «debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma», porque cuando se entrega a una actividad igual a la que debe a la sociedad es índice de que no da sus servicios prometidos de una manera completa.

La garantía del aportante es impuesta en el artículo 1.618, párrafo 2.°, para las cosas ciertas y determinadas. Dice que queda sujeto a la evicción «en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador», por lo que hay que entender que se refiere a una aportación en propiedad. Creemos que comprende también el saneamiento, pues no hay ninguna razón para excluirlo.

Decíamos más arriba que la aportación puede ser del goce o uso de la cosa, y el Código civil no dice qué garantías han de prestarse a la sociedad por el aportante. La cuestión ha sido resuelta en las regulaciones modernas del contrato de sociedad aplicando las normas del contrato de arrendamiento es decir, el aportante está obligado a asegurar el goce pacífico (art. 1.554.3.°)[6].

Respecto al riesgo de la aportación, es decir, quien soporta la pérdida o menoscabo por caso fortuito o fuerza mayor o por hecho de tercero, el artículo 1.687 sólo se ocupa de las aportaciones ya efectuadas, y dice que el de las «cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario. Si las cosas aportadas son fungibles, o no pueden guardarse sin que se deterioren, o si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. También lo será, a la falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas». Por cosa fungible hay que entender cosa consumible (art. 337).

El que la sociedad soporte el riesgo significa en cualquier caso que es una pérdida social; el socio aportante tendrá derecho a las compensaciones correspondientes *en el momento de la disolución social* por no recibir la cosa aportada.

El Código civil no aborda expresamente el problema del riesgo en el caso más frecuente de cosas ciertas y determinadas aportadas (ya) en propiedad. Del artículo 1.687 se extrae la consecuencia de que es de la sociedad por ser propietaria.

VIII. LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD

La normativa del Código civil, confusa y fragmentaria, es la siguiente;

a) *Socio nombrado administrador.* El artículo 1.692 distingue entre dos supuestos: que haya sido nombrado en el contrato social o después. En el primero, su poder es irrevocable sin causa legítima, mientras que en el segundo puede revocarse en cualquier tiempo.

En cuanto al contenido de su poder, sólo lo determina el Código cuando ha sido nombrado en el contrato social, diciendo que «puede ejercer todos los actos administrativos, no obstante la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe», regla que valdrá también si el nombramiento se ha producido después del contrato social, ya que la diferencia entre ambas hipótesis radica en la posibilidad de revocación o no del poder para administrar. Pero hay que entender que el contenido de ese poder dependerá ante todo del que se la haya dado en el contrato social, siendo la norma meramente supletoria.

El nombramiento después del contrato social requerirá el acuerdo unánime de los socios, porque el precepto supone que en dicho contrato no se ha estipulado nada sobre el modo de administrar, hipótesis en la que rige el principio básico de que la administración corresponde a todos los socios (art. 1.695). El nombramiento de uno de ellos como administrador lo altera en perjuicio del derecho de los demás, por lo que deben de dar su consentimiento.

No obstante, si en el contrato de sociedad se ha acordado conferir la administración a un socio, el nombramiento no es más que un acto de ejecución de lo acordado que se podrá adoptar por mayoría. Ya han consentido todos previamente la alteración del principio expuesto en el párrafo anterior.

b) *Socios nombrados administradores.* Cuando dos o más socios hayan sido nombrados administradores (en el contrato social o con posterioridad), el artículo 1.693 regula su actuación cuando no se han determinado sus funciones o no se ha expresado que no puedan obrar unos sin consentimiento de los otros, diciendo que «cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente: pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto». Si se ha estipulado que no hayan de funcionar unos sin consentimiento de los otros, dice el artículo 1.694 que se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad.

c) *Ausencia de estipulaciones sobre la administración.* El artículo 1.695 da las siguientes reglas:

1.ª Todos los socios se consideran apoderados; y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes de que hayan producido efecto legal. Nuestro Código civil sigue al de Napoleón, que consagró el sistema de la administración disyuntiva propio de las sociedades comerciales en el Medioevo, abandonando el sistema de administración conjunta que se seguía en el condominio y en la sociedad según el modelo romano, pero recogiendo de él el *ius prohibendi*.

2.ª Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según la costumbre de la tierra, con tal de que no lo haga contra el interés de

[6] Arts. 2.254 del Código civil italiano de 1942; art. 984 del Código civil portugués de 1966; art. 1.843, 3.° del Código civil francés, según reforma de la Ley de 4 de enero de 1978.

la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros. Esta facultad es propia de las situaciones en las que hay comunidad de bienes, que suponen un goce estático y una finalidad conservativa de la riqueza (vid. art. 394), incompatible con el aspecto dinámico y productivo ínsito en la sociedad, que exige la dedicación de los elementos comunes a los fines exclusivos de conseguir el objeto social.

3.ª Todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes. Esta regla se importa también de la comunidad de bienes (vid. art. 394) de un modo fragmentario e incompleto, y no se ajusta en absoluto a la dinámica social, en la que los socios van pagando los gastos con los productos que se obtengan, siendo la diferencia los beneficios a repartir. Por otra parte, las deudas contraídas por este motivo son deudas sociales, que como tales han de someterse necesariamente a la normativa, que después examinaremos, sobre ellas.

4.ª Continuando con la lamentable importación de los artículos relativos a la comunidad de bienes, dice el Código civil que «ninguno de los socios, puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad», lo que no es más que un transunto del artículo 397, y en su significación más profunda implica el abandono de la regla de la administración de la sociedad por cada socio y la acogida del principio de la administración conjunta, para los actos que no sean de ordinaria administración de los inmuebles.

> Esta última limitación debe extenderse lógicamente a los casos en que la administración se haya confiado a un socio o a varios, es decir, a los que hemos examinado con anterioridad.

Salvo en los supuestos en que la administración sea conjunta, los administradores tienen un derecho de oponerse a las operaciones de los demás antes de que hayan producido efecto legal. Es un *ius prohibendi*, un control de la actuación de los demás administradores, pero no debería bastar la mera oposición sin que se debata entre ellos y se decida por la mayoría acerca de su admisibilidad. La eficacia de la oposición individual, cuenta, no obstante, con el argumento de que el legislador, que ha trasladado a la administración social normas de la comunidad de bienes según hemos visto, no se ha remitido al artículo 398.

La oposición debe tener una eficacia interna en principio, es decir, el socio que realice el acto que se le prohíbe debe responder ante la sociedad de los quebrantos que ello le origine (art. 130 C. de c. por analogía). Respecto de los terceros, es certera la norma que establece el artículo 1.849 del Código civil francés tras la reforma de la materia relativa al contrato de sociedad por Ley de 4 de enero de 1978: la oposición no tiene efecto, a menos que se pruebe que tuviesen conocimiento de ella.

El administrador o administradores deben rendir cuentas de su actuación

a los demás socios (art. 1.720 y sentencias de 7 de octubre de 1965 y 28 de junio de 1975).

Regla especial relativa a la actuación del socio administrador es la del artículo 1.684, en el que ante un cobro que haya efectuado de una cantidad que le era a él debida personalmente, siendo la deuda exigible, de una persona que debía a la sociedad otra cantidad también exigible, dice que «debe imputarse lo cobrado en los dos créditos a proporción a su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de su solo haber; pero si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo a éste. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el artículo 1.172, en el caso de que el crédito personal del socio le sea más oneroso». Cercena, pues, al deudor la libre facultad de imputación del pago a una u otra deuda, pues sólo la tiene cuando el crédito personal del socio era más oneroso, o para hacerla al crédito de la sociedad, pero no para efectuarla al del socio en la proporción mayor de la señalada por la ley. Si el deudor no hace la imputación, el acreedor y socio administrador no puede imputar por entero lo cobrado a su crédito.

El artículo 1.685 sienta una extraña norma en relación con un socio que ha cobrado por entero su parte en un crédito social y los demás no. Queda obligado, si el deudor cae en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado recibo por su sola parte. Extraña, decimos, porque el crédito es de la sociedad si tiene personalidad jurídica, y ningún socio puede cobrar parte del mismo para él. Si carece de esta personalidad, el crédito es de los consociados por partes (art. 1.138), existiendo tantos créditos como acreedores. Si son acreedores solidarios, lo cobrado, aunque sea en parte, es para todos (art. 1.143, p. 2.º).

El socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que por su culpa ha sufrido, sin que pueda compensarlos con los beneficios que por su industria le ha proporcionado (art. 1.686).

c) *Administración confiada a un tercero.* No existe en el Código civil la prohibición de hacerlo, ni el carácter personalista de la sociedad es motivo porque el tercero no ingresa en ella. Su nombramiento requerirá la misma unanimidad o mayoría que hemos visto a propósito del socio que se nombra administrador después del contrato social. Su poder será revocable aunque se haya conferido en el contrato social, pues no existen las mismas razones que justifican la irrevocabilidad cuando se da en dicho contrato la administración a un socio. En efecto, al ser una cláusula contractual, es evidente que la revocación supondría una modificación contractual, que tendría que ser consentida por el mismo socio administrador. En el tercero no se da la condición de parte del contrato social.

d) *Responsabilidad de la sociedad.*—La sociedad responde a todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también le responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección (art. 1.688).

IX. RELACIONES ENTRE LA SOCIEDAD Y TERCEROS

Determina el artículo 1.697 que la sociedad queda obligada por los actos de uno de los socios cuando:

1.° El socio obra en su carácter de tal por cuenta de la sociedad.

2.° Tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito. Por supuesto, lo tendrá cuando sea administrador.

3.° Haya obrado dentro de los límites de su poder. Naturalmente, si hay extralimitación pero la sociedad ha ratificado lo hecho, queda obligada (art. 1.727).

El párrafo 2.° del artículo 1.698 ve el problema de la vinculación de la sociedad con terceros, pero desde un ángulo negativo: "La sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella". Entendemos que hay que dejar a salvo también la posibilidad de ratificación, en cuyo caso la obligada con este tercero es la sociedad. Por otra parte, el precepto indica que no basta sólo con contratar por cuenta de la sociedad para obligarla como dice el artículo 1.697, *sino también en su nombre.*

X. LAS DEUDAS SOCIALES

Previamente hay que hacer algunas puntualizaciones respecto a lo que el Código civil llama "deudas de la sociedad". En rigor, lo serán, cuando la sociedad tenga personalidad jurídica, y en caso contrario, estamos ante una elipsis simplificadora (sociedad en lugar del conjunto de socios).

Los socios —dice el artículo 1.698, párrafo 1.°— no quedan obligados solidariamente por las deudas de la sociedad. Pero no excluye en modo alguno toda la responsabilidad de los socios por ellas, sino únicamente la responsabilidad solidaria, tenga o no personalidad jurídica la sociedad. Obsérvese que la personalidad jurídica no es obstáculo para que los socios respondan por sus deudas. Así ocurre en las sociedades colectivas mercantiles (art. 127 del Código de comercio).

La responsabilidad de los socios será proporcionada a sus cuotas, no solidaria entre ellos, y si la sociedad tiene personalidad jurídica, subsidiaria respecto a la de ésta.

> Refuerza esta tesis la consideración siguiente: El Código civil no ha recogido la disposición correspondiente al Anteproyecto de 1888, que proclamaba la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales cuando la sociedad tenía personalidad jurídica (art. 51 de las normas relativas al contrato de sociedad).

Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social (art. 1.699). Claro está que ello se refiere a los bienes que al socio deudor le correspondan en la liquidación de la sociedad, para cuya determinación ha de hacerse efectivamente, y por eso el artículo 1.700.4.° considera un caso de extinción de la sociedad el artículo 1.699. La cuota no se la puede adjudicar ni el acreedor ni un tercero, porque es intransmisible sin consentimiento de los demás socios (art. 1.696).

> El principio de la preferencia de los acreedores sociales sobre los particulares del socio en cuanto a los bienes sociales se explica así. Adjudicados bienes sociales a éstos por la liquidación de la sociedad, si antes no se han pagado sus deudas es claro que se les ha dado algo que todavía no es de los socios. En la sociedad no es de los socios sino que lo que resta después de deducidas las deudas.

XI. INTRANSMISIBILIDAD DE LA CUOTA

Dice el artículo 1.696: «Cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte, pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador».

Dos principios se recogen en el precepto. Uno, derivado del carácter personalista de la sociedad civil (que se entiende convenida en atención a las cualidades personales de los contratantes), y es el de la intransmisibilidad de la cuota con el efecto de no ingresar el cesionario en la sociedad, salvo consentimiento unánime de todos los demás socios. Otro, la permisión de aportar a una sociedad que se constituya con tercero aquella cuota, pero sin la más mínima injerencia en los asuntos sociales de quien no sea socio.

XII. DISTRIBUCION DE PERDIDAS Y GANANCIAS

Los criterios legales en esta materia contenidos en el artículo 1.689 son los siguientes:

1.° Se repartirán pérdidas y ganancias de conformidad con lo pactado. A falta de pacto, la partición en unas y otras será proporcional a lo que haya aportado cada uno [7].

2.° Si sólo se hubiese pactado la parte de cada socio en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A pesar del silencio del Código civil sobre

[7] ¿Lo «que haya aportado» cada socio es equivalente a su aportación efectiva, no a lo que se ha obligado a aportar y no ha efectuado todavía? Es dudosa la cuestión, aunque el sentido literal y justo es el primero.

el supuesto, en el caso inverso (pacto sobre pérdidas exclusivamente) hay que entender que regirá el mismo principio.

Como se observará, al pacto se deja confiado ante todo la distribución de pérdidas y ganancias, no teniendo más límite que lo dispuesto en el artículo 1.691, que declara nulo «el pacto que excluye a uno o más socios *de toda parte* en las ganancias o en las pérdidas», lo que *a contrario* significa que es válido el pacto de exclusión *en parte* de las ganancias o en las pérdidas.

Para el socio de industria se establece (en defecto de pacto) que tendrá una parte igual a la del que menos haya aportado. Si además de su industria hubiera aportado capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda (art. 1.689, inciso 2 y 3 del párrafo 2.°). La parte «del que menos haya aportado» puede incluso ser su misma aportación de capital si representa la menor aportación.

Por último, el artículo 1.691 permite la exclusión del socio industrial de «toda responsabilidad en las pérdidas». Con evidente referencia al socio que no aporta más que industria, explicaba GARCÍA GOYENA que la excepción se justifica si se tiene en cuenta que él sufrirá la pérdida de ésta, es decir, no obtenía beneficios.

Hipótesis especial es la contemplada en el artículo 1.690: los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias o pérdidas, advirtiendo que no puede ser encomendada a uno de ellos. Preceptúa que su decisión sólo podrá ser impugnada cuando evidentemente haya faltado a la equidad, sin que en ningún caso pueda reclamar el socio que haya principiado a ejecutar su decisión, o que no la haya impugnado en el plazo de tres meses, a contar desde que le fue conocida. La expresión legal «designación de la parte de cada uno» significa tanto el establecimiento de cuotas iniciales como distribuir las pérdidas o ganancias ya producidas o verificadas (S. de 18 de mayo de 1973).

El socio tiene derecho a que se repartan las ganancias, porque ello es consustancial con el contrato de sociedad según la definición que da el artículo 1.665. Otra cosa es que lo tenga a que se distribuyan todas, con la consiguiente imposibilidad de acuerdos sociales que destinen una parte para atenciones que el desenvolvimiento social futuro pueda requerir (v. gr., reservas). Ante la falta de una norma expresa como la del Código civil portugués de 1966, que proclama el derecho del socio a los lucros, después de deducida la parte afectada, por deliberación de la mayoría, a la prosecución de fines sociales (art. 991), si en el contrato social nada se ha previsto el socio tendrá derecho a que se repartan todos los lucros, salvo, naturalmente, que otra cosa acuerden todos por unanimidad.

El reparto ha de ser periódico, el socio no puede estar demandándolo cada vez que se obtenga en una operación un beneficio por obvias exigencias de la marcha social. No ejercitaría su derecho, en caso contrario, de buena fe.

La periodicidad debe ser la señalada en el contrato o, en su defecto, la usual del ejercicio anual.

XIII. EXTINCION DE LA SOCIEDAD

La extinción de la sociedad es un fenómeno normalmente complejo, que difiere de las formas normales de terminación de los demás contratos, aunque estos sean, como son en algunos casos, determinantes de relaciones duraderas o de tracto sucesivo. En la sociedad se crea una trama de relaciones entre los socios, la sociedad y los terceros, por lo que, como dice GARRIGUES, antes que extinción de un contrato significa la extinción de muchos contratos, y presenta el cariz de un proceso que continúa a lo largo del tiempo, en el que es preciso liquidar las relaciones pendientes para hallar el haber social líquido y darle un destino.

El Código civil enumera las causas que llama de extinción de la sociedad cuando en realidad lo son de disolución, en tanto que abren ese proceso de liquidación al que nos acabamos de referir, el cual sí que extinguirá la sociedad al concluirse. Aquella enumeración plantea el problema de si es exhaustiva o meramente enunciativa. En principio parece que habrá que inclinarse por la segunda alternativa. En efecto, en el artículo 1.700 no se menciona el acuerdo unánime de los socios, ni la imposibilidad de alcanzar el fin social, aunque se hacen algunas aplicaciones de esta idea, ni otras causas que pudieran haberse insertado en el contrato social.

Por otra parte, es menester señalar que las causas recogidas en el artículo 1.700 no poseen todas el mismo carácter, ni funcionan todas de igual modo. Hay algunas que operan en forma automática o *ipso iure,* y otras en cambio que facultan simplemente a los socios para demandar la disolución. Hay, además, causas que están fundadas en la voluntad de las partes y otras que dependen del azar.

Las causas de extinción, según el artículo 1.700, son las siguientes:

1.ª La expiración del término por el que fue constituida. Aunque el Código nada diga, parece que habrá de tratarse de una sociedad constituida por tiempo determinado (cfr. art. 1.680 y art. 1.705). La llegada del término es una causa que funciona de manera automática. Cabe, no obstante, la prórroga, siempre que exista para ello consentimiento de todos los socios, consentimiento que puede ser expreso o tácito y que se puede justificar o probar por los medios ordinarios de prueba (art. 1.702). La prórroga genuina, a la que el artículo 1.702 se refiere, es la que se acuerda antes de extinguirse la sociedad por la llegada del término. Si el acuerdo de prórroga se adopta después de expirado el término, según el artículo 1.703 se entiende que se constituye una nueva sociedad.

2.ª La terminación del negocio que sirvió de objeto a la sociedad. Es el normal cumplimiento u obtención del fin para el que la sociedad fue creada. Como la sociedad presupone una empresa, del tipo que sea, pero empre-

sa al fin y al cabo, su conclusión es también conclusión de la sociedad. Por ejemplo, explotación de una mina que se agota o de una patente que caduca; prestación de un servicio auxiliar a otra empresa que desaparece, etcétera.

Próximo al anterior, aunque en cierta medida diferente a él, es el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la obtención del fin social, que hay que considerar también como causa de extinción de la sociedad por las mismas razones objetivas.

3.ª La pérdida de la cosa. Se refiere a ella el artículo 1.700.2.°, junto con la causa anterior, y se desarrolla en el artículo 1.701.

Este artículo establece que «cuando la cosa específica, que un socio *había prometido* aportar a la sociedad, perece antes de efectuarse la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad». También se disuelve la sociedad, «en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma». El artículo 1.701 concluye diciendo que «no se disuelve la sociedad por pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella».

Interpretado literalmente el artículo 1.701, bastaría la pérdida de cualquier cosa, siempre que sea determinada, para operar esta causa de disolución. Sin embargo, confrontado con sus antecedentes (Proyecto de 1851 fundamentalmente), parece que el presupuesto de la norma es que la cosa constituya objeto único y exclusivo del contrato de sociedad, por lo que su pérdida significaría la imposibilidad de cumplir el fin social. De ahí que la pérdida de la aportación (en propiedad) ocurrida después de efectuada, acarree la disolución si, como dice GARCÍA GOYENA, «ésta (la sociedad) se hallase limitada exclusivamente a la misma cosa».

Cabría también extender la norma a los casos en que no se diesen en la cosa perecida las circunstancias anteriormente expuestas. El problema estribaría en que la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la prestación de aportación obliga a resolver la situación del socio no aportante, y su solución no debe discurrir sino por una de estas vías: sustitución de la aportación por otra; reducción de la sociedad a los socios restantes; o disolución de la sociedad a petición de cualquiera de ellos, con fundamento en los artículos 1.705 y 1.707, según que la sociedad se haya constituido o no por tiempo determinado, respectivamente. Las dos primeras soluciones implican un convenio modificativo entre los socios, que es probablemente una nueva sociedad, por lo cual es acertado que el artículo 1.701 hable de disolución de la sociedad. En cualquiera de estas hipótesis, no sería automática.

4.ª La muerte de uno de los socios. Como consecuencia del carácter personal, consustancial con la sociedad civil, la desaparición de uno de los socios entraña una modificación de la base subjetiva de la misma que determina su extinción.

Sin embargo, se admite el pacto de que la sociedad continúe entre los sobrevinientes y el de que continúe con los herederos del socio premuerto (art. 1.704).

En el primer caso se hace una participación de la sociedad de modo figurado, liquidando a los herederosdel socio fallecido la parte o cuota que aquél tenía en la sociedad, aunque, omo el precepto no es imperativo, puede establecerse para la liquidación un cantidad alzada.

El pacto de continuación dda sociedad con los herederos del socio fallecido no significa que pueda designarse en él a quien haya de suceder en la titularidad de la participación social dado que el artículo 1.271 prohíbe todo contrato sobre la herencia futura yallí se atribuiría un bien en vida. El pacto no es más que una manifestación d voluntad dirigida a hacer transmisible la cuota, que de suyo no lo es sin el onsentimiento de todos los socios (art. 1.696), y en su virtud ingresa en el patimonio hereditario como cualquier otro bien, siguiendo las normales vicisitudes del fenómeno hereditario.

¿Qué repercusiones produce en el contrato de sociedad la declaración de ausencia en sentido legal de algunos de los socios? Parece claro que si existe declaración de fallecimiento, ésa se equipara a la muerte y por consiguiente se producirá la disolución, pero en cambio, la simple declaración de ausencia legal, al no estar comprendida en el precepto, puede pensarse que no determina ninguna especial consecuencia, de manera que los representantes legales del ausente deberán ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato social. Sin embargo, parece más razonable entender que se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias o de la base subjetiva del negocio, que debe permitir la disdución, si bien no automática sino a petición de cualquiera de los socios.

5.ª La insolvencia de uno le los socios. Esta causa de disolución no encuentra posterior desarrollo, salvo la remisión que se hace al «caso previsto» en el artículo 1.699. Se menciona simplemente la «insolvencia», por lo que no parece necesaria la declaración de quiebra o de concurso. Será suficiente la simple situación de incapacidad patrimonial del socio para el pago de sus obligaciones. Entendemos que es también una causa que no funciona de manera automática o *ipso iure,* sino una causa que permite a los demás socios reclamar la disolución.

La remisión al artículo 1.699 puede interpretarse (por el lugar en que se hace) como un caso particular de insolvencia. Como se recordará, el artículo 1.699 permite que los acreedores particulares del socio pidan el embargo y el remate de la parte de éste en el fondo social, pero es muy discutible que ello equivalga a insolvencia, pues el socio puede tener otros bienes que no hayan embargado. El precepto no requiere que previamente el acreedor haya perseguido infructosamente todo el restante patrimonio.

6.ª La voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a las disposiciones de los artículos 1.705 y 1.706. Aunque en estos preceptos se emplee la palabra «renuncia», no lo es en sentido técnico, sino que se trata de un caso de extinción de la relación obligatoria por voluntad unilateral de una de las par-

tes, lo que puede englobarse en lo que usualmente se denomina denuncia o receso de la relación obligatoria.

Los condicionamientos son los siguientes:

a) Debe contarse con una sociedad con duración indeterminada, en razón probablemente a que la ley no admite con carácter general la vinculación indefinida de la persona a una obligación; si la sociedad tuviera duración determinada, esta causa no puede utilizarse. Tiene duración determinada, no solamente cuando se ha fijado un término para la duración, sino también cuando resulta del negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si por naturaleza tiene una duración limitada (arts. 1.680, 1.705, 1.707).

b) Para que surta efecto debe ser hecha la renuncia de buena fe y en tiempo oportuno y ponerse en conocimiento de los demás socios. El artículo 1.706 nos aclara lo que entiende por buena fe en el ejercicio de la facultad de poner término al contrato de sociedad y lo hace en forma negativa, señalando que «es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para él solo el beneficio que debía ser común», añadiendo que en este caso el renunciante no se libra para con sus consocios y éstos tienen la facultad de excluirlo de la sociedad. La fórmula del artículo 1.706 parece más bien descriptiva y fundada en un cierto casuismo, por lo que nosotros entendemos que es más correcto aplicar en general los esquemas de la buena y de la mala fe, respecto de los cuales la fórmula del artículo 1.706 no pasa de ser una concreta y posible aplicación.

La declaración unilateral de extinción ha de ser hecha también en tiempo oportuno. Según el párrafo 2.° del artículo 1.706, se reputa hecha en tiempo inoportuno, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso, dice el precepto legal citado, continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes. Como en el caso de la buena y de la mala fe, también aquí un evidente casuismo, por lo que a la regla del párrafo 2.° del artículo 1.706 se le debe también dar una mayor amplitud. En principio, la disolución es intempestiva si el interés general es contrario a ella, a menos que la voluntad de poner fin a la sociedad vaya precedida de un razonable preaviso.

La auténtica extinción por voluntad unilateral se funda exclusivamente en la decisión del socio y se aplica, como hemos dicho, a las sociedades de duración indefinida. Si la sociedad ha sido constituida por tiempo determinado, expresamente establecido en el contrato o deducido de la naturaleza del negocio, el socio no puede reclamar la disolución de la sociedad por su simple voluntad. Puede, en cambio, pedirla en tal caso, si ha intervenido un «justo motivo». Es «justo motivo» el faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otras circunstancias semejantes a juicio de los Tribunales (art. 1.707). Fórmula abierta que habrá que reconvertir técnicamente con arreglo a los principios generales del Derecho de obligaciones. A nuestro juicio, en el artículo 1.707 se recogen, particularizándolas al caso de la sociedad, dos típicas formas de resolución de las obligaciones:

la resolución por incumplimiento (faltar uno de los compañeros a sus obligaciones) y la resolución por modificación sobrevenida de la base del negocio (inhabilitación para los negocios sociales u otros hechos semejantes).

Hasta aquí las causas de disolución de la sociedad enumeradas en el artículo 1.700, que concluye con una regla aplicable a las sociedades civiles con forma mercantil, exceptuando para ellas las causas examinadas bajo los números 4.°, 5.° y 6.° en líneas anteriores «en los casos que deban subsistir con arreglo al Código de comercio». No contempla de manera directa el artículo 1.700 el acuerdo de disolución, pero su virtualidad y su validez se desprenden de la naturaleza de las cosas. A falta de regulación legal en el Código civil, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades mercantiles en las que para el acuerdo de disolución basta una mayoría cualificada, en la sociedad civil deberá haber un acuerdo unánime. Si no existe unanimidad no habrá otra cosa que un ejercicio conjunto, de los que hayan votado la disolución. en favor de la producción de ésta por su voluntad unilateral.

No regulado especialmente el acuerdo de disolución, quedará sometido a las reglas generales del mutuo disenso [8].

XIV. LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD

Es doctrina jurisprudencial que la disolución de la sociedad no equivale a su completa extinción de manera inmediata, sino que determina la apertura del proceso o período de liquidación, en el que la sociedad subsiste y conserva, si con anterioridad la tuviera, su personalidad jurídica como sociedad en liquidación. Si durante el período liquidatorio se emprende algún negocio con el crédito y la organización de la sociedad, los beneficios son partibles entre los socios.

Las operaciones de liquidación habrán de hacerse, ante todo, con arreglo a lo dispuesto en el contrato social o a lo convenido con posterioridad en los acuerdos sociales sobre liquidación y partición, y deberán estar dirigidas al pago de las deudas y a la realización del activo (cobro de créditos, etc), dividiéndose y adjudicándose finalmente entre los socios el remanente, bien en especie o bien en dinero.

[8] Entre las causas de extinción de la sociedad mencionaba el Código la «interdicción civil de algunos de los socios», incurriendo también en algún defecto terminológico, producto igualmente de su adecuación literal al modelo francés. Es obvio que no se refería sólo a la incapacitación por interdicción civil que regulaban los artículos 228-230 antes de la reforma de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983, sino a todo tipo de incapacitación, cualquiera que sea su causa. A partir de esta reforma había que entender el artículo 1.700.4.° como alusivo a la incapacitación que lleva a la tutela y a la curatela, si en este último caso así lo declara la sentencia que la impone. Sin embargo, incomprensiblemente la Ley de 31 de mayo de 1984 ha suprimido esta causa de extinción.

Como regla subsidiaria, el Código se limita en el artículo 1.708 a remitirse a las reglas sobre la partición hereditaria. Dice que la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resulten. El precepto concluye diciendo que al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689, al no haberse pactado expresamente lo contrario, lo que quiere significar que participará en el excedente que resulte una vez pagados los demás socios de sus aportaciones, porque es beneficio social.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ASCARELLI: *El contrato plurilateral,* trad. esp., Méjico, 1949; AZURZA: *Problemas de la sociedad civil,* A.D.C., 1952, p. 125; BATLLE; *Del contrato de sociedad* (en el Código civil de M. Scaevola), t. 25, II; CANO: *Pacto sobre sucesiones futuras y pactos sociales,* R.D.N., 1957 (enero-marzo), p. 377; CAPILLA RONCERO: *La sociedad civil,* Bolonia, 1984; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, Madrid, 1986; CASTÁN TOBEÑAS: *Del contrato de sociedad* (en el Código civil de M. SCAEVOLA), t. 25, I; DÍEZ-PICAZO: *Los pactos leoninos en el contrato de sociedad,* en «Estudios Federico de Castro», vol. 1, 1976, p. 567; *La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 del Código civil,* A.D.C., 1974, p. 449; FERRI: *Le società* (T. Vasalli), Turín, 1971; GARRIDO PALMA: *Hacia una nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil,* R.D.P., 1972, p. 759; MUÑOZ SABATÉ: *La prueba del negocio jurídico societario,* R.J.C., 1975, p. 897; ROTONDI: *Comunidad y sociedad, sociedad civil y mercantil,* R.D.P., 1958, p. 723; VÉRGEZ SÁNCHEZ: *El socio industrial,* Madrid, 1972.

37. LOS CONTRATOS PARCIARIOS

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS PARCIARIOS

Los contratos parciarios son aquellos en los que frente a la prestación de una de las partes, la contraprestación debida está representada por una cuota de los frutos, productos o rendimientos que se obtengan como consecuencia de la utilización o goce de aquella prestación.

La cláusula parciaria no desnaturaliza el contrato hasta el punto de identificarlo o aproximarlo al de la sociedad. No hay un fondo común; no actúan los contratantes gestionando como socios; no hay obligación de pagar pérdidas por quien ha realizado su prestación a cambio de la participación en beneficios, sino sólo que deja de obtenerla; los beneficios o utilidades no son comunes sino privativos del que los obtiene usando y gozando de la cosa que se le ha entregado (por ejemplo, ganado de cría) libremente, sin participación de la otra parte, etcétera.

El único punto de contacto con la sociedad es el del reparto de los frutos, pero de un modo muy lejano, porque esos frutos los consigue por sí y para sí el obligado a partirlos con el otro contratante.

También la idea de que la aparcería es un contrato de estructura asociativa no deja de ser discutible por las razones antedichas. La cooperación existe, desde luego, en cuanto se da una cosa a otra persona, pero también la hay en cualquier otra relación obligatoria que son, como sabemos, relaciones de cooperación entre las personas para la consecución de sus fines e intereses.

La cláusula parciaria lo que sí transforma al contrato en aleatorio. Frente a la prestación de una de las partes, que ha de realizarla, la contraprestación puede no ser ejecutada porque no haya productos o beneficios que partir. La situación es análoga a la *emptio spei,* en la que el comprador ha de pagar necesariamente el precio, y el vendedor entregará su prestación si la hay (te compro la caza de mañana, por ejemplo).

II. LA APARCERIA EN EL CODIGO CIVIL

Según el artículo 1.579, «el arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra».

La normativa legal es confusa y contradictoria, pues se califica al contrato parciario como un arrendamiento (del «arrendamiento por aparcería» habla

el precepto), pero se remite a las normas del contrato de sociedad para su regulación, pese a las profundas diferencias que hay entre ambos tipos.

También es grave la alteración que sufre el principio de autonomía de la voluntad si el artículo 1.579 se interpreta literalmente. No hay ninguna razón para que las normas de la sociedad priven sobre el pacto de las partes, siendo así que la mayor parte de ellas son de derecho meramente dispositivo y no imperativo, susceptibles, por tanto, de ser desplazadas por los particulares. Por eso creemos que el precepto citado no realiza una jerarquía de fuentes de reglamentación de la aparcería, sino que se limita a mencionarlas simplemente. El rango lo recibirán de acuerdo con la naturaleza de tales fuentes (art. 1.° Título Preliminar), y por ello puede establecerse el siguiente: normas imperativas de la contratación y del contrato de sociedad en particular; pactos de los contratantes; normas dispositivas de aquel contrato de sociedad; costumbre.

III. LA APARCERIA EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 1980

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 ha regulado el contrato de aparcería agraria diferenciándolo netamente del arrendamiento y aproximándolo en su estructura y funcionamiento a un contrato asociativo por haber mutuas aportaciones del concedente de la tierra y del aparcero, que no es ya la persona que se limita a gozar de la finca con la obligación de pagar una parte de los productos que se obtengan de la explotación.

A) Aparcería y arriendo parciario

El artículo 102, con el que se abre el grupo de normas dedicado a la aparcería, da una definición de ella que, para su comprensión, interesa poner en contraposición con la figura del arrendamiento parciario, recogida en el precedente artículo 101.

Mientras el llamado arrendamiento parciario consiste sustancialmente en la cesión de la tierra a cambio de una participación en sus productos, en la aparcería estamos en presencia de aportaciones de ambas partes y no solamente ante un reparto de los frutos producidos por la tierra que se cede al aparcero. Cierto que en el arrendamiento parciario es posible también la existencia de aportaciones, pero, a diferencia de la aparcería, han de ser de determinada cuantía para que el contrato siga siendo de arrendamiento.

El artículo 101 califica al arrendamiento de parciario «cuando se ceda la tierra a cambio de una aportación en los productos que se obtengan de la misma, si el cedente no aporta, además de la tierra, el ganado, maquinaria y capital circulante o lo hace en una proporción inferior al 25 por 100».

El artículo 102, en contraste, define la aparcería así: «Por el contrato de aparcería el titular de una finca rústica cede temporalmente para su explotación agraria el uso y disfrute de aquélla o de algunos de sus aprovechamientos, aportando al mismo tiempo un 25 por 100, como mínimo, del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante y conviniendo con el cesionario en repartirse los productos por partes alícuotas, en proporción a sus respectivas aportaciones. El cedente será considerado como cultivador directo». El titular de la tierra aporta ésta a la explotación común y, además, el 25 por 100 como mínimo de lo que se ha llamado el capital de explotación, aportación que lo mismo pueden ser *in natura* que en metálico. En cambio, en el arrendamiento parciario puede haber aportaciones y reparto en común de los frutos, pero son inferiores al 25 por 100 del valor del capital de explotación, que también puede ser *in natura* o en metálico.

B) Aparcería y contrato de trabajo

Para evitar que la aparcería agraria constituya una forma legal que encubra una relación laboral sin sujetarla a la legislación de este orden, se presume *iuris tantum* que la misma no comprende relación laboral de ningún tipo, pero de pactarse *expresamente tal relación* se aplicará *además* la legislación correspondiente (art. 192.2).

Sin embargo, y contra esa presunción *iuris tantum,* el artículo 108 viene a sentar en realidad presunciones *iuris et de iure* de existencia de relación laboral en los siguientes casos: 1.° Cuando el aparcero aporte exclusivamente su trabajo personal, en el que deberá serle garantizado en todo caso el salario mínimo que corresponda *al tiempo de su actividad que dedique al cultivo* de las fincas objeto de la aparcería y cumplirse en general lo dispuesto en la legislación laboral y de la seguridad social. 2.° Igualmente se procederá cuando lo que corresponda aportar al aparcero, además de su trabajo, sea inferior al 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante.

En estos casos, el aparcero tendrá derecho a exigir que se le pague semanalmente tal salario, sin perjuicio de que se considere, al hacer la liquidación de los frutos obtenidos, como cantidad percibida a cuenta de su participación en el caso de que le correspondiera productos valorados en cantidad superior a lo cobrado.

El artículo 106 de la L. A. R. señala el carácter de las normas que en ella se contienen respecto de la institución. Dice que «en defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial y de costumbre, se aplicarán las disposiciones del presente Título y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en la presente ley, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza del contrato de aparcería». Obsérvase que la costumbre no es la local o comarcal necesariamente, y que se antepone a las normas de la L. A. R. Pero en éstas es frecuente la remisión a costumbres locales o comarcales.

C) DURACIÓN

Las aparcerías duran como mínimo el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo (art. 109). Se trata de un plazo mínimo que podrá ampliarse pero no restringirse.

Para extinguirse las aparcerías de duración superior a un año será imprescindible el preaviso, *en forma fehaciente*, del cedente al aparcero con un año de antelación como mínimo a la fecha de su conclusión (art. 109.2). A falta de este preaviso, la aparcería se prorroga solamente por otra rotación de cultivo, y así sucesivamente (art. 109.3). Así, pues, para las aparcerías de duración superior a un año se introduce la tácita reconducción, si antes de la extinción del plazo no se da el oportuno preaviso en forma fehaciente. Sin embargo, el preaviso no obliga al aparcero a dar por extinguida la aparcería, puesto que puede optar por su continuación como arrendatario (art. 109.4).

Regla especial es la del artículo 110 para el caso de que el cedente aporte la tierra preparada y labrada por él, para que el aparcero mediante su trabajo personal la dedique a un *determinado tipo de cultivo de carácter estacional e inferior a un año. Entonces la duración del contrato será la del cultivo que se trate.* Es una aparcería especial en tanto que el aparcero carece del derecho de acceso a la propiedad y del derecho a la conversión de la aparcería en arrendamiento. Pero, sin perjuicio de la participación pactada, en todo caso le quedará garantizado el salario mínimo aplicable a todo el tiempo que dure el contrato por la actividad realizada y tendrá derecho a que el cedente se lo anticipe semanalmente a cuenta de lo que le corresponda en la liquidación final.

D) FORMA DEL CONTRATO

El artículo 107 L. A. R. regula la forma que ha de revestir el contrato de aparcería, estableciendo que «deberá formalizarse por escrito». Pero la forma no es aquí constitutiva, sino un requisito a cuyo cumplimiento pueden compelerse recíprocamente las partes, en aplicación del artículo 1.279 del Código civil.

En el contrato debe hacerse constar el valor de las respectivas aportaciones, o los criterios para su valoración, o al menos, la indicación del porcentaje que representa la aportación de cada uno, pues así se sabrá si estamos ante un arrendamiento parciario o una aparcería. También ha de hacerse constar la participación en los productos.

En el caso de que no figure en el contrato más que la participación en los productos, se presumirá que la valoración de las respectivas aportaciones coincide con ella, y lo mismo cuando, valoradas las aportaciones, nada se diga de la participación (art. 107.2). El precepto presume el mismo porcentaje en la aportación que el establecido para la participación, y cuando hay valoración de aportaciones o indicación del porcentaje que representa la de cada uno en el capital de la explotación, no pactándose la participación en productos, ha de ser la misma.

En los casos en que no figure en el contrato y faltare la prueba de la participación en las aportaciones y en los productos, o de sus circunstancias, se entenderá que rigen las acostumbradas en la localidad o comarca (art. 107.3).

E) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Los artículos 111 a 115 regulan los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de aparcería agraria, con frecuentes remisiones a la costumbre.

Respecto a la determinación del tipo o clase de cultivo, se estará a lo pactado, y en defecto de pacto se seguirá el sistema y método más usual en la localidad o comarca, salvo que otra cosa viniera *impuesta* por disposiciones legales o reglamentarias.

De cuenta del cedente será el pago de gravámenes, contribuciones, impuestos y arbitrios que recaigan sobre la propiedad de la finca, y de cuenta de aquél y del aparcero, en proporción a su participación, los que recaigan sobre los productos.

Los tratamientos obligatorios contra plagas o similares serán satisfechos de conformidad con lo que disponga la ley que lo establezca y a falta de ella o de pacto, uso o costumbre, en proporción a su participación en la aparcería.

Cedente y aparcero contribuirán a los seguros concertados por cualquiera de ellos en proporción a los riesgos que efectivamente les afecten.

Durante la vigencia de la aparcería puede solicitarse por cualquiera de las partes la revisión de la participación en los productos fijada en el contrato en los siguientes casos:

— Infracción de las normas legales sobre aparcerías.

— Dolo o mala fe, es decir, una conducta que merezca esta calificación y que repercuta en las participaciones sobre los productos.

— Lesión superior al 15 por 100 de lo que debe corresponder a cada parte con arreglo a sus respectivas aportaciones.

Atención especial se dedica en la L. A. R. al reparto de frutos.

Su liquidación y adjudicación se hará en el tiempo y forma que se exprese en el contrato, y, a falta de pacto, de acuerdo con las costumbres locales o comarcales. En defecto de pacto o costumbre se practicará anualmente o al terminar la recolección del fruto. La práctica de una liquidación y adjudicación *presume* que están realizadas las anteriores.

Los frutos o productos *separados* sobre los que el cedente y aparcero tengan participación se considerarán bienes comunes de ambos y ninguno de ellos puede retirarlos sin el consentimiento del otro, salvo pacto en contrario. En ningún caso podrían ser adjudicados a un acreedor del aparcero o del cedente de la aparcería sin estar hecha la liquidación anual de la misma, limitándose el derecho del acreedor a la parte que en dicha liquidación le sea adjudicada.

Los anticipos del aparcero al cedente a cuenta de la cosecha futura están prohibidos. Pero los que el cedente haga al aparcero para que éste pueda reali-

zar las aportaciones que le son propias según el contrato de aparcería son válidos, y los créditos tendrán la preferencia señalada en el número 6 del artículo 1.922 del Código civil.

En cuanto a las mejoras, el artículo 116 se remite al régimen de las mejoras en el arrendamiento rústico, y respecto de los gastos que procedan del uso natural de las cosas, dispone que «serán pagados en proporción a la participación de cada uno».

F) Extinción

Según el artículo 117, son causas de extinción del contrato de aparcería:

1.ª La terminación del plazo pactado o del que rija según la costumbre del lugar.

2.ª Incumplimiento grave de las obligaciones del aparcero.

3.ª Falta de entrega al cedente de la parte del producto que al mismo corresponda.

4.ª Deslealtad o fraude del aparcero en la valoración o entrega al cedente de los frutos que le correspondan.

5.ª Cualquiera otra causa que resulte del contrato o de los usos y costumbres locales, siempre que no se opongan a lo establecido en esta Ley. En estos casos, sin embargo, al aparcero se le faculta para la conversión de la aparcería en arrendamiento.

6.ª Las demás causas que extinguen el arrendamiento.

La muerte o invalidez del aparcero no extinguen la aparcería siempre que la asuman los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación. Pero el cedente podrá en estos casos optar por la conversión de la aparcería en arrendamiento, continuando entonces aquélla hasta la terminación del año agrícola corriente.

G) Acceso a la propiedad del aparcero

El artículo 118 L. A. R. reconoce al aparcero en toda enajenación *inter vivos* de la finca, de su nuda propiedad, de porción determinada o de partición indivisa de la misma, el derecho de tanteo, retracto y adquisición preferente con la misma regulación del arrendamiento rústico. Pero el adquirente no viene obligado a continuar la aparcería y para ello deberá de preavisar de extinción al aparcero, que tiene entonces la facultad de optar por la conversión en arrendamiento de la misma.

H) Conversión de la aparcería en arrendamiento

Está regulada en el artículo 119 de la L. A. R., que preceptúa que en todos los casos en que proceda la conversión de la aparcería en arrendamiento, ante la falta de acuerdo de las partes, el IRYDA formulará propuesta sobre el canon arrendaticio y la ubicación de la tierra sobre la que ha de recaer el arrendamiento, atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y de modo que el aparcero obtenga rendimientos análogos a los que le producía la aparcería. Si persiste el desacuerdo de las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión judicialmente.

La duración de estos arrendamientos será la de seis años como mínimo contados desde la conversión, y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas que en esta Ley se establecen, deduciendo de las mismas al tiempo que hubiere durado la aparcería. El aparcero dispondrá del tiempo que dure el arrendamiento para indemnizar anualmente al cedente del capital mobiliario mecánico y vivo aportado por éste [1].

La conversión no procede si el aparcero no reúne las condiciones legales para ser arrendatario.

I) Expropiación

En el supuesto de expropiación de la finca dada en aparcería, se cumplirá lo que se dispone para el arrendamiento rústico ante la misma eventualidad, pero considerándose como renta que percibe el aparcero a dichos efectos la que procedería caso de conversión en arrendamiento.

IV. REGIMEN DEL ARRENDAMIENTO PARCIARIO

El arrendamiento parciario, figura distinta de la aparcería como sabemos, según el artículo 101 L. A. R. se rige por las mismas normas que los arrendamientos rústicos con las siguientes modificaciones:

— Las mejoras realizadas por el arrendatario determinan una mayor participación en proporción a la elevación de productividad conseguida.

— Las partes contribuirán al seguro concertado por cualquiera de ellas, en proporción a sus respectivas participaciones.

— En caso de expropiación, la renta del arrendatario será la media del último quinquenio.

— Será causa de extinción del contrato a instancia del arrendador la deslealtad o fraude del arrendatario en la valoración o entrega al arrendador de los frutos que le corresponden.

---

[1] Lo que indica que el capital se hace propiedad del aparcero incomprensiblemente.

— El arrendamiento parciario se convertirá en ordinario sobre la totalidad de la finca si alguna de las partes lo pidiere dentro de los dos meses anteriores al comienzo del nuevo año agrícola. La renta será la usual en el lugar para fincas análogas.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BREGLIA: *Il negozio giuridico parziario,* Nápoles, 1916; COBACHO GÓMEZ: *La aparcería agrícola,* R.C.D.I., 1982, p. 663; GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO: *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos,* Madrid, 1982.

38. LA FIANZA

I. LA OBLIGACION DEL FIADOR: SUS CARACTERES

Dice el párrafo 1.° del artículo 1.822: "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por untercero, en el caso de no hacerlo éste". De ahí el carácter subsidiario de la obligación del fiador, su subordinación al hecho de que el deudor afianzado no pague y tenga que hacerlo él en su lugar. Sin embargo, este carácter no es esencial, como veremos, cuando la fianza es solidaria.

La obligacióndel fiador no es condicional, existe desde que se constituye la fianza. La falta de pago del deudor lo único que hace es *actuar* la acción que el acreedor tiene contra el fiador, de la misma forma que su acción contra el deudor presupone el incumplimiento de éste. No se podría afirmar que el deudor es siempre un deudor condicional por el hecho de que el acreedor carezca de acción contra él hasta el incumplimiento.

Otra caracterstica fundamental de la obligación del fiador es su carácter accesorio. Si la fianza supone una garantía para el acreedor, es preciso que sea efectivamente tal acreedor. En suma, que la fianza presupone una obligación que se llama principal, a la cual garantiza (arts. 1.824 y 1.847).

En la obligacón del fiador se vio por un sector de la doctrina un supuesto de responsabilidad sin deuda. El fiador no debe nada al deudor según esta concepción, sino que sólo se expone a la agresión de su patrimonio para satisfacerse de aquella obligación principal que su sujeto pasivo (el deudor) no ha cumplido. Pero esta posición se encuentra abandonada en la doctrina moderna. El fiador *debe* y responde. Debe, en cuanto que por la fianza se ha constituido en deudor de una obligación en favor del acreedor, que tiende a satisfacer el mismo interés que le reporta a éste la obligación principal.

II. LA OBLICACION GARANTIZADA

Si la fianza exige una obligación que garantiza, vamos a ver los requisitos que debe reunirésta.

A) VALIDEZ

Se exige la validez de la obligación principal. No obstante, es susceptible de recaer la fianza sobre una obligación nula, siempre que esa nulidad pueda ser reclamada en virtud de *excepción puramente personal* del obligado, *como* la menor edad, salvo en caso del préstamo hecho al hijo de familia (art. 1.824).

El precepto se refiere en primer lugar a la obligación contraída por un me-

nor de edad, que es meramente anulable (arts. 1.300 y 1.301), por lo que produce todos sus efectos mientras no sea anulada, y de ahí la fianza sea válida (hasta entonces). Por otra parte, al calificar de excepción puramente personal a la menor edad, impide al fiador oponerla a la reclamación del acreedor (art. 1.853)[1].

Por razón de evidente analogía, lo dispuesto para el menor de edad ha de entenderse aplicable a la obligación contraída por el incapaz. La incapacidad será también una excepción meramente personal[2].

Los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación), estrictamente considerados son hechos puramente personales del que los sufre, no darían lugar a excepciones reales o inherentes a la deuda, que son de carácter objetivo y no personal. Pero históricamente se conceptúan como originadores de estas últimas excepciones, y así lo recoge GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1.767 del Proyecto de 1851, que se reproduce en el actual 1.853. Por tanto, el fiador puede pedir la nulidad de la obligación (art. 1.302) o excepcionar a la reclamación del acreedor[3].

El último párrafo del artículo 1.824, exceptúa de lo dispuesto en el anterior "el préstamo hecho al hijo de familia", siguiendo la tradición que se remonta al llamado S.C. Macedoniano de las fuentes romanas. Por hijo de familia debe entenderse hoy el menor sometido a la patria potestad o tutela.

Sin embargo, es oscuro el sentido de la excepción. No sanciona con la nulidad absoluta el contrato de préstamo, sino, al parecer, el de fianza. También puede significar que, a diferencia del párrafo anterior, el fiador puede oponer la excepción de anulabilidad de la obligación que afianza (como contraída por quien no tiene capacidad legal para obligarse por contrato de préstamo).

[1] Es claro que el fiador no puede oponer por vía de excepción al acreedor la nulidad de la obligación por la menor edad del deudor, pero tampoco puede ejercitar la acción de nulidad de esa obligación como obligado subsidiario con fundamento en el artículo 1.302. Este precepto no hace la salvedad que se contenía en su precedente, el artículo 1.186 del Proyecto de 1851 («salvo lo dispuesto en el artículo 1.755 (actual 1.824)». El Proyecto de 1851 negaba sin ninguna duda al fiador del menor la acción. El actual 1.302, que reproduce aquel artículo 1.302, calla. ¿Será por obviedad, ya que parece contradictorio que pueda conseguir por vía de acción lo que no es posible por vía de excepción?

[2] Algunas dificultades suscita la fianza prestada por obligaciones contraídas por un cónyuge sin consentimiento del otro, pues el artículo 1.322, tratándose de un acto de administración o disposición para el que la Ley exija ese consentimiento, lo declara anulable, pero a instancias exclusivamente del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos. Parece, por tanto, que el fiador no puede, alegando su cualidad de obligado subsidiario, pedir la anulación, lo que comporta lógicamente que tampoco pueda excepcionar la anulabilidad (vid. art. 1.322).

[3] De considerarse los vicios de la voluntad como productores de excepciones meramente personales quedaría totalmente desprovisto de contenido el artículo 1.302 en su referencia a los obligados subsidiarios, pues las causas de anulabilidad son la menor edad, incapacidad y aquellos vicios, además de los contratos hechos por un cónyuge sin consentimiento del otro, de los que ya hemos hablado en la nota anterior.

B) OBLIGACIONES FUTURAS

El artículo 1.824 permite la fianza en garantía de *"deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido"*, aunque la reclamación contra el fiador no procederá más que cuando la deuda sea líquida. Según la jurisprudencia, la norma abarca tanto al supuesto de que se afiance una obligación ya existente, pero indeterminada en su cuantía (por lo que no es líquida), como una obligación que aún no ha nacido (cfr. Ss. de 17 de febrero de 1962 y 29 de marzo de 1979). El fiador queda vinculado aquí como deudor condicional (la condición consiste en que aquella obligación surja), por lo que no puede revocar su consentimiento.

III. CONTENIDO DE LA OBLIGACION DEL FIADOR

Según el artículo 1.822, el fiador se obliga «a pagar o cumplir por un tercero», pero no exige que la fianza tenga por objeto *el mismo* que debe el deudor al acreedor. Por tanto, si la obligación principal tiene como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, la fianza no es nula. Lo que ocurre es que el fiador se obliga a cumplir, si el deudor no lo hace, el equivalente en que aquélla se transforma por inejecución. Sólo para el caso de que la prestación de dar tenga por objetos dar cosas *fungibles*, cabe admitir que la obligación del fiador posee el mismo contenido.

IV. CARACTER EXPRESO Y FORMA DE LA FIANZA

El artículo 1.827 determina que la fianza no se presume nunca; debe ser expresa.

Que la fianza haya de ser expresa no significa que sea necesario el empleo de una forma legal para su validez, pues rige el principio general del artículo 1.278, lo que se quiere es que conste claramente la voluntad de afianzar, que se pruebe su existencia. Por ello, la doctrina ha negado valor de fianza a las declaraciones de un tercero sobre la solvencia del deudor[4].

La fianza se interpreta en los casos dudosos en sentido restrictivo, no ampliando la responsabilidad del deudor (S. de 18 de febrero de 1950).

V. EXTENSION DE LA OBLIGACION DEL FIADOR

El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal,

[4] La sentencia de 16 de diciembre de 1985 y las que cita siguen esta misma línea, a propósito de la eficacia jurídica de las llamadas «letter of intention, letter patronage, letter of support, cartas de confort».

tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Así, por ejemplo, el deudor debe 1.000 y el fiador garantiza 500, o el deudor debe puramente y el fiador se ha obligado condicionalmente al afianzar. La sanción para el supuesto de que se obligase a más (tanto en la cantidad como en las condiciones) es la reducción de su obligación a los límites de la del deudor. En suma, una nulidad parcial (art. 1.826).

Por principio, la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Pero si fuere simple o indefinida, comprenderá no sólo la obligación principal sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago (art. 1.827).

Por fianza simple hay que entender, de acuerdo con el contexto del artículo 1.827, aquella en la que la obligación del fiador es la misma que la del deudor principal; no ha modificado su situación pudiendo hacerlo. En otras palabras, debe satisfacer el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación lo mismo que debiera haberlo hecho el deudor.

Entre los accesorios se incluyen los intereses convencionales y los legales, en su caso, pues la deuda de intereses es de naturaleza accesoria. También cabe considerar incluidas las demás prestaciones a cargo del deudor (multa convencional, etc.).

Los gastos del juicio son los devengados tanto para reclamarle la deuda al deudor como al fiador el cumplimiento de la fianza, pero a contar del momento en que haya sido requerido éste para el pago, no equivaliendo o supliendo a este requisito el conocimiento que tuviera del juicio contra el deudor.

VI. FUENTES DE LA FIANZA

Dice el artículo 1.823 que la fianza puede ser convencional, legal o judicial.

A) Fianza convencional

La obligación del fiador puede originarse por el contrato de fianza, que celebra con el acreedor. Para su perfección y validez no es necesario el consentimiento del deudor (S. de 14 de noviembre de 1981). Incluso cabe que lo ignore o contradiga (art. 1.823). Antes de la aceptación por el acreedor, es una mera oferta que puede ser revocada si no contiene plazo (S. de 23 de marzo de 1988).

Que el fiador se obligue frente al acreedor puede ser consecuencia de un convenio que haya celebrado con el deudor, del que resulte la obligación de afianzarle. Cuando este convenio haya sido motivado por otro previo entre el deudor y acreedor por el que el primero se obligue a presentarle fiador (p. ej., para concederle un préstamo), rigen los artículos 1.828 y 1.829. Por virtud del primero, «el obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación». Según el artículo 1.829, si el fiador viniere al estado de insolvencia, el acreedor *puede* pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada. Entendemos que el primer fiador queda relevado cuando el acreedor acepte el nuevo [5].

El fiador no podrá oponer excepciones al acreedor derivadas de sus relaciones con el deudor al que afianza, ni dicho acreedor ha de asegurarse de que existen y de que de ellas nazca para el fiador la obligación de afianzar (Ss. de 27 de junio de 1941 y 31 de enero de 1977). No significa esto que el contrato de fianza sea abstracto: siempre tiene una causa, que es típica y constante: la de garantizar una obligación ajena. No obstante, si hay otra finalidad impulsiva del mismo, será su causa si ha sido conocida y aceptada por el acreedor, y permitirá al fiador oponerle las consecuencias que de ella deriven.

B) Fianza legal y judicial

La ley o la autoridad judicial imponen en determinados casos a un deudor la obligación de afianzar. El deudor se encuentra entonces obligado a dar fiador, por lo que ha de tener éste las cualidades prescritas en los artículos 1.828 y 1.829, ya expuestos. Si no hallase persona que aceptase ser fiador, se le admitirá en su lugar prenda o hipoteca que se estimase suficiente para cumplir la obligación (art. 1.855).

C) Capacidad para ser fiador

Se requiere la capacidad general para obligarse (vid. art. 1.828). Sin embargo, se suscitan dudas sobre la capacidad del menor emancipado.

Si se examinan las limitaciones puestas por el artículo 323, se observará que el afianzamiento no está comprendido en ellas. Y si las incapacidades son de interpretación restringida, parece lógico concluir que el menor emancipado puede afianzar deudas ajenas. Los argumentos de que con ello comprometería sus bienes inmuebles o se burlaría la prohibición de tomar dinero a préstamo (pues basta que un tercero contraiga la deuda principal afianzando el emancipado, pero recibiendo éste en realidad el dinero y dejando incumplida la obligación de restituir aquél para que se actúe contra el menor), han sido utilizados por

[5] Si el fiador no tenía con anterioridad solvencia para hacer frente a la obligación que garantizaba, significa un incumplimiento de la obligación que al deudor le impone el artículo 1.828, que debe autorizar al acreedor para la resolución del contrato de fianza (por frustración del fin) una vez que lo descubra.

la sentencia de 27 de junio de 1941 para negar la capacidad del menor emancipado. Están presididos por la idea de evitar un negocio simulado o un fraude. Pero el camino elegido es técnicamente incorrecto, al interpretar ampliamente una disposición restrictiva de la capacidad de obrar. Lo indicado sería anular la fianza cuando se demostrase que con ella se había pretendido la vulneración del artículo 323. Por otra parte, afirmar que con la fianza el menor compromete sus bienes inmuebles indirectamente equivale a negar toda capacidad para obligarse éste, ya que, por el artículo 1.911, todos sus bienes están afectos al cumplimiento de las obligaciones que contraiga.

La mujer casada puede afianzar por sí sola a su marido. El artículo 1.323 permite hoy entre cónyuges «toda clase de contratos».

D) Onerosidad y gratuidad de la fianza

Señala el artículo 1.823 que la fianza puede ser gratuita o a título oneroso, sin más aditamentos. Es claro que el Código civil se refiere únicamente a que el fiador reciba o no una contraprestación por la obligación que asume, sin tener en cuenta para nada la persona que paga, que lo mismo puede ser el acreedor (en cuyo caso hay que deslindar la situación con la que se origina cuando el acreedor asegura su crédito), que el deudor afianzado, y sin tomar en consideración tampoco la fuente de la fianza. El riesgo que asume afianzando, en otras palabras, responsabilizando su patrimonio por deuda ajena y atribuyendo en consecuencia un poder de agresión sobre él al acreedor, es el fundamento de su retribución, aunque después tenga acciones contra el deudor para recuperar lo que ha pagado, como veremos a continuación. La situación jurídica es muy semejante a la que se produce en el contrato de seguro, en el que se está pagando una prima al asegurador por haberle trasladado el riesgo de un siniestro, sin perjuicio de que, una vez satisfecha la indemnización en la hipótesis de que acaezca, pueda subrogarse en los derechos y acciones que correspondan al asegurado contra las causantes del daño para resarcirse de lo pagado (arts. 43 y 82 Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980) [6].

[6] La jurisprudencia tiende a descartar el carácter gratuito de la fianza porque el fiador es un acreedor potencial del deudor, ya que cuando paga tiene los derechos de subrogación y reembolso contra éste (Ss. de 11 de abril de 1972 y 14 de mayo de 1984).

Sin embargo, siguiendo el criterio distintivo expuesto, la conclusión a que se debe llegar es que el fiador no hace ningún sacrificio al afianzar porque tiene siempre por ley derecho a repercutir sobre el deudor, ni nada por tanto debe recibir por haberse obligado, lo que no parece aceptable. Tampoco el que la onerosidad o gratuidad dependiera del resultado de sus acciones contra el deudor (no habría onerosidad si recupera lo pagado por él, la habría si no recupera). ¿Qué causa tendría entonces la obligación asumida por el acreedor o deudor de pagarle remuneración al fiador? Si recupera debería de devolver o calificarse lo obtenido (como remuneración) de donación. Además, la característica de la obligación del fiador a otros efectos (p. ej., impugnación

La contraprestación, en lugar de recibirla el fiador, puede darse al deudor (p. ej., se le rebaja por el acreedor el principal de la deuda, o se le da más plazo para pagarla, etc.) [7].

La jurisprudencia tiende a interpretar el tema de la onerosidad o gratuidad de la fianza con una gran flexibilidad, fuera de los esquemas tradicionales que hemos expuesto. En bastantes ocasiones considera onerosa la fianza cuando el fiador tiene un cualificado interés en que se conceda el crédito al deudor, porque ello le beneficiará directa o indirectamente [8].

VII. RELACIONES ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR

Para la debida comprensión de las mismas hay que recordar que en el régimen del Código civil (*dispositivo,* no *imperativo*) la fianza es subsidiaria. El fiador no puede ser compelido a pagar hasta que el deudor incumpla. Vamos a estudiar los medios de defensa del fiador contra la reclamación del acreedor.

A) La reclamación contra el fiador. El beneficio de excusión

Si el acreedor requiere pago al fiador, éste *tiene la facultad* de oponerle tal beneficio, es decir, obligarle a que persiga todos los bienes del deudor. En tal caso ha de señalar bienes de éste realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. La negligencia del acreedor en la persecución es sancionada, pues la responsabilidad del fiador cesa por el importe de lo que no se haya podido ejecutar en los bienes señalados (arts. 1.830, 1832, 1.833).

por sus acreedores a quienes perjudica el otorgamiento de una garantía) no podría definirse más que *a posteriori*, dependiendo de un evento incierto, lo que constituye una anormalidad en el sistema, pues los negocios onerosos o gratuitos nunca se clasifican por tales características.

[7] En este caso el contrato de fianza (entre acreedor y fiador, no se olvide) será fuente de una estipulación en provecho de tercero. El estipulante será el fiador, el promitente el acreedor (vid. art. 1.257).

[8] La sentencia de 11 de abril de 1972 estima que el fiador ha prestado la fianza a título oneroso porque el crédito se ha concedido a la sociedad deudora de la que era accionista, y de esta manera se resolvía la situación financiera de aquella; en la de 11 de mayo de 1984, porque la sociedad de gananciales formada por el fiador y su esposa (que impugnaba la fianza por haberse dado a título gratuito sin un consentimiento, por lo cual no podía, según ella, afectar a la sociedad de gananciales) era accionista mayoritario de la sociedad deudora de cuyos beneficios participaba y era fuente de ingresos para el matrimonio; en la de 12 de junio, en un caso análogo al anterior, se sigue en la misma línea; y en la de 7 de mayo de 1987, porque el fiador era accionista mayoritario de la sociedad deudora, «lo que es revelador del mutuo y doble interés que tanto una (la Fundación fiadora) como otra (la sociedad deudora participada por la Fundación) tenían que tener en el buen fin del contrato crediticio».

Pese a que es un beneficio que le otorga la ley, los gastos que origine la excusión no los ha de adelantar el fiador. El Código civil no ha recogido en este punto el art. 1.745 del Proyecto de 1851, que lo imponía. Ahora bien, si la excusión ha sido infructuosa sin su culpa, el acreedor podrá reclamárselos en el supuesto de la fianza simple del artículo 1.827 («gastos del juicio»).

El beneficio debe oponerse al acreedor «luego que éste le requiera para el pago», dice el artículo 1.830, con lo que subraya su carácter inmediato. El término «requerimiento» está usado como sinónimo de cualquier tipo de reclamación (judicial o extrajudicial). El señalamiento de los bienes del deudor ha de ser preciso y concreto (S. de 7 de abril de 1975 y 31 de enero de 1986).

Cabe que el acreedor demande conjuntamente al deudor y fiador con fundamento en el artículo 1.834, a cuyo tenor «el acreedor *podrá* citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». Emplazado el fiador por el Juzgado, ya hay un requerimiento del acreedor al que *inmediatamente* se le debe oponer beneficio (Ss. de 30 de noviembre de 1984, 17 de junio de 1985 y 3 de octubre de 1985). Dice la sentencia de 7 de abril de 1975 que ha de hacerse en el período expositivo del pleito.

Tal beneficio no tiene lugar, según el artículo 1.831:

1.° Cuando el fiador haya renunciado expresamente. No se requiere el empleo de ninguna fórmula predeterminada. Basta que se infiera la voluntad de no hacer uso de él.

2.° Cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor. Es la fianza solidaria, que tiene su propio régimen jurídico.

3.° En caso de quiebra o concurso del deudor. La razón es obvia: hay ya una insolvencia declarada judicialmente, por lo que queda cumplido el artículo 1.830.

4.° Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del reino.

Tampoco cabe oponer el beneficio si la fianza es judicial (art. 1856).

B) Otras excepciones

Además del beneficio de excusión, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las puramente personales de éste (art. 1.853).

Así pues, ante la reclamación judicial o extrajudicial de pago el fiador se defiende con excepciones que competen al deudor, excepto las puramente personales. ¿Cuáles son las excepciones puramente personales? Al estudiar el artículo 1.824, vimos que se referían a la incapacidad, o limitación de la capacidad de obrar, del afianzado.

Por excepciones inherentes a la deuda también vimos que se entendían todas las demás que son causa de extinción de la obligación (p. ej., dolo, violencia, intimidación, las del artículo 1.156). En general cabe afirmar que el fiador puede discutir la existencia, legitimidad y validez de la obligación.

La renuncia a la prescripción ganada por el deudor no perjudica al fiador. Podrá alegarla pese a aquella renuncia (art. 1.937). También la compensación de lo que el acreedor debiera al deudor (art. 1.197).

La transacción es considerada especialmente en el artículo 1.835, a cuyo tenor «la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad». Creemos que esta inoponibilidad de la transacción entre acreedor y deudor no se debe producir cuando de resultas de ella se haya disminuido la cantidad o lo oneroso de las condiciones, porque la fianza depende en todo momento de la obligación principal. No existiendo ésta, o quedando reducida, la fianza se extingue o se reduce.

VIII. Relaciones entre el deudor y el fiador

A) Antes de efectuar el pago

El artículo 1.843 contiene una enumeración de supuestos en los que el fiador *puede* accionar contra el deudor para «obtener una relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor».

Ciertamente, el término «relevación de la fianza» es impropio porque el deudor carece de potestad para liberar al fiador, ya que éste se encuentra obligado frente al acreedor, único que podría relevarle de su obligación. El Código civil se refiere a cualquier medio de garantía para evitar que el fiador se perjudique si paga en aquellos supuestos, como el pago directo de la deuda por el propio deudor, ofrecer al acreedor otro fiador u otra garantía distinta de la fianza (hipoteca, prenda). En cualquier circunstancia, salvo en el pago de la deuda, la relevación de la fianza depende en última instancia de que el acreedor acepte los ofrecimientos del deudor.

Más seguro es recurrir a que el deudor le garantice que, cuando repita contra él lo que haya pagado, no se encontrará con que su acción es infructuosa. Estas garantías son muy variadas: consignación de una cantidad equivalente a la de la deuda principal, encontrar otro fiador que garantice el cobro en el momento de la repetición, etcétera.

Los supuestos enumerados legalmente son:

1.° Cuando el fiador se ve demandado *judicialmente* para el pago. El legislador no quiere que tenga que pagar para después dirigirse contra el deudor, con el peligro de no lograr entonces el reembolso.

2.° En caso de quiebra, concurso o insolvencia (del deudor).

3.° Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y ese plazo ha llegado.

4.° Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

5.° Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor.

B) Después de efectuado el pago: acciones del fiador contra el deudor

El fiador que paga se convierte en acreedor del deudor principal. En este supuesto se le concede contra éste una acción de reembolso con el siguiente contenido a tenor del artículo 1.838:

1.° La cantidad total de la deuda (que comprenderá no sólo el principal, sino también los intereses pagados al acreedor).

2.° Los intereses *legales* de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor. García Goyena, al comentar el artículo 1.752 del Proyecto de 1851, que repite el artículo 1.838 del Codigo civil, aclaraba más razonablemente: si la deuda rendía interés convencional a favor del acreedor, continuará rindiéndolo igualmente a favor del fiador; en caso contrario, tendrá el interés legal.

3.° Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago.

4.° Los daños y perjuicios, cuando procedan. Disposición ciertamente extraña a la vista de la amplitud que tienen los dos conceptos precedentes.

Además de esta acción de reembolso, el artículo 1.839 dice que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor». Es, por tanto, otro beneficio que la ley da al fiador, pudiendo optar por la acción del artículo 1.838 o por la del artículo 1.839.

> Un sector de la doctrina ha negado la independencia de los dos remedios concedidos al fiador que paga, sosteniendo que no hay propiamente una subrogación en el crédito del acreedor, sino que para hacer efectiva con mayor vigor la acción de reembolso, el fiador puede disponer de los privilegios, hipotecas y otras garantías que aseguraban el crédito que pagó. Pudiéramos decir que hay un desgajamiento de las garantías de un crédito para pasar a otro, lo que no nos parece posible en virtud del principio de accesoriedad de las mismas. No es admisible que una hipoteca, por ejemplo, que garantizase al acreedor, pase a garantizar ahora un crédito que no figura inscrito en el Registro de la Propiedad, que tengan que soportarlo los terceros acreedores del deudor que están, valga la expresión, «en la fila» para hacer efectivo su crédito contra el inmueble gravado. Contra el principio de especialidad (debe constar en el Registro expresamente la deuda) y de publicidad, se les antepone ahora un crédito totalmente desconocido, por lo menos en su cuantía. No hay que olvidar que las garantías son accesorias de «determinados» créditos, no de cualquier crédito, y que no pueden cederse sin el crédito a que están afectas.

Tanto en la hipótesis de subrogación como de la acción de reembolso, si el fiador ha transigido con el acreedor no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado (art. 1.839, p. 2.°, aplicable por analogía a la acción de reembolso).

Sabemos, sin embargo, que la fianza es susceptible de concertarse por el fiador y acreedor ignorándolo el deudor o incluso contra su voluntad. En el primer supuesto, el fiador dispone contra el deudor de la acción de reembolso (art. 1.838, párrafo último). En el segundo, se aplicará el párrafo 3.° del artículo 1.158.

Pero ante la reclamación del fiador, el deudor puede alegar algunas excepciones:

1.ª Si el fiador pagó sin ponerlo en su conocimiento, podrá hacer valer contra él las excepciones que hubieran podido oponerse al acreedor al tiempo de hacerse el pago (art. 1.840). No hay necesidad de que el deudor consienta o conozca el pago, pero el fiador se expone a desconocer las excepciones inherentes a la deuda que opondría a la reclamación del acreedor. No es justo que el deudor pague por ese descuido o negligencia.

2.ª Si el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso contra el segundo, pero sí contra el acreedor, que se ha enriquecido injustamente (art. 1.842).

3.ª Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir el reembolso al deudor hasta que el plazo venza (art. 1.841).

IX. EXTINCION DE LA FIANZA

La fianza, como obligación accesoria de otra principal, se extingue cuando desaparece. Al mismo tiempo, y como tal obligación, se extingue ésta por las causas generales de todas las obligaciones (art. 1.847)[9].

También se extingue cuando por cualquier *hecho del acreedor* no pueda quedar subrogado el fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (art. 1.852).

> La jurisprudencia interpreta que el artículo 1.852 precisa acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad. Sólo se contrae a actos

[9] En caso de que el deudor sea declarado en suspensión de pagos, el acreedor puede dirigirse contra el fiador obviamente. El problema está en la eficacia del posible convenio entre acreedores y deudor en aquel procedimiento concursal frente al fiador. La jurisprudencia declara que no tiene ninguna, que el acreedor puede reclamarle al fiador toda la deuda, salvo que a ello hubiese renunciado (Ss. de 7 de junio de 1983 y 6 de octubre de 1986). Sobre el tema, Benedito Francés y Cámara Mingo: *La posición del fiador en caso de suspensión de pagos del afianzado*, La Ley, 1985, t. 3, p. 901.

que perjudiquen una garantía ya debidamente constituida (Ss. de 31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933, 9 de octubre de 1962, 1 de marzo de 1983 y 28 de febrero de 1985). Es estrecho este criterio. Piénsese en omisiones del acreedor que también perjudican la garantía. Por ejemplo, el que el acreedor no inscriba la escritura de constitución de hipoteca en el Registro de la Propiedad, sin cuyo requisito ésta no llega a nacer; el que el acreedor hipotecario que no ejercite las acciones en defensa de la cosa hipotecada cuando el deudor hipotecario la deteriora materialmente, rebajando así su valor.

La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza (art. 1.851). El mero hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación cuando ésta venza, no significa que se concedió prórroga (Ss. de 24 de junio de 1940 y 3 de noviembre de 1955). Tampoco se aplicará la regla de la extinción si en la obligación garantizada se pactó que podría prorrogarse a su vencimiento, porque el artículo 1.851 se refiere a una prórroga hecha sin contemplación y previsión de ella al tiempo de constituirse la fianza (S. de 8 de mayo de 1984).

Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador (art. 1.849). Ello es consecuencia de que la dación en pago, con su efecto solutorio, extingue la obligación principal.

X. LA COFIANZA

«Siendo varios los fiadores del deudor por una misma deuda», cada uno de ellos no responde sino de la parte que le corresponde satisfacer. Por principio, el acreedor no puede exigir a cualquiera de ellos la totalidad de la deuda. Si así lo hiciera, el requerido o demandado *podrá* oponer el beneficio de división, que es la *facultad* del cofiador de pagar sólo por su parte (art. 1.837, p. 1.°).

El beneficio de división cesa en los mismos casos y por iguales causas que el de excusión (art. 1.837, p. 2.°).

La parte que cada cofiador tiene a su cargo en la deuda principal es la pactada. En su defecto, se divide en partes iguales entre todos (art. 1.138).

El cofiador goza del beneficio de excusión, aunque es renunciable. En cualquier caso se aplicarán las causas de extinción que se recogen en el artículo 1.831.

La cofianza se distingue de la pluralidad de fiadores autónomos por una misma deuda en que en la primera hay una asunción *conjunta* del riesgo, y en la segunda cada fiador lo asume totalmente.

A) Relaciones entre los cofiadores

Se ocupan de ellas los artículos 1.844 y 1.845, que contemplan dos órdenes de problemas. El primero se refiere al derecho de reintegro del fiador que *ha pagado la deuda por entero*. El segundo, a las excepciones que los cofiadores demandados pueden oponer al demandante.

El cofiador que paga por entero la deuda en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra, no hay duda de que paga más de lo que le corresponde (incluso si no opone el beneficio de división en el caso de que pueda hacerlo). En realidad, paga las deudas de los otros cofiadores y de ahí que posea una acción de reembolso contra ellos, pero por sus partes respectivas. Si alguno resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Este derecho de regreso contra los cofiadores procede también aunque no se den las circunstancias prevenidas en el precepto, siempre que el pago no sea imprudente, prematuro o malicioso. No requiere que previa o simultáneamente se demande al deudor principal (Ss. de 19 de noviembre de 1982 y 7 de julio de 1988).

Naturalmente, ello no elimina las posibilidades de subrogación en el crédito pagado o reembolso que tiene todo fiador contra el deudor. La especialidad del artículo 1.844 reside en que consiente en primer lugar dirigirse contra los cofiadores.

Según el artículo 1.845, frente a la acción de reembolso los demás cofiadores podrán oponer las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal frente al acreedor (siempre, claro está, que el cofiador demandante no lo haya hecho cuando el acreedor le reclamó el pago), excepto las puramente personales.

B) Relación entre los cofiadores y el deudor

Cada uno de los cofiadores reclamará del deudor, a través de cualquiera de las acciones que tiene todo fiador (subrogación o reembolso), la parte que haya pagado de la deuda.

C) Extinción de la cofianza

Según el artículo 1.850, «la liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a que se ha otorgado». Hay una rebaja de la obligación garantizada al disminuir la parte del fiador liberado. Pero si prestaron su consentimiento queda la misma obligación garantizada, ahora repartida entre menos personas.

XI. LA SUBFIANZA

Distinta de la cofianza es la subfianza, que supone la existencia de un fiador, que garantiza el cumplimiento de la obligación por el fiador principal. Es un fiador del fiador.

Su posibilidad legal está claramente establecida en el artículo 1.823 y es objeto de algunas disposiciones dispersas en el articulado del Código civil.

Al subfiador se le concede el beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal (art. 1.836). Naturalmente, con carácter potestativo y cesando por las mismas causas que todo beneficio de excusión[10].

El subfiador puede serlo de un cofiador. Dispone el artículo 1.846 que «el subfiador, en caso de insolvencia del cofiador por quien se obligó, queda responsable los cofiadores».

Por último, según el artículo 1.848, «la confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador». Ahora bien, entonces queda como *fiador*, ya que la obligación del fiador principal se ha extinguido (no va a ser el deudor el fiador de sí mismo).

XII. FIANZA Y COFIANZA SOLIDARIA

El artículo 1.822, párrafo 2.°, dispone «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, capítulo 3.°, título 1 de este libro», donde se contiene como sabemos la normativa casi general de la solidaridad. Ello suscita la duda de si nos encontramos ante una pura y simple obligación solidaria, en la que sin embargo no existiría división (interna) de la deuda entre el deudor principal y su fiador solidario, o ante una fianza, aunque sin la aplicación de las normas legales que se refieren al beneficio de excusión.

La jurisprudencia tiende a compatibilizar los preceptos de la solidaridad pasiva con los de la fianza. Especialmente en lo que respecta la exigibilidad de la deuda, afirma la efectividad el artículo 1.137 (Ss. de 28 de septiembre de 1977 y las que cita), con lo que el deudor y fiador solidario se colocan en un mismo plano frente al acreedor, mientras que en lo que concierne a las relaciones internas entre aquellos dos aplica la normativa de la fianza (Ss. de 1 de junio de 1964, 14 de febrero de 1978, 19 de noviembre de 1982 y 29 de diciembre de 1987). Tal vez todas las inseguridades que provoca el artículo 1.822 pudiesen ser remediadas si la fianza solidaria se construyese como una fianza sin beneficio de excusión simplemente.

[10] El artículo 1.836 se explica teniendo en cuenta que el subfiador es, en última instancia, un obligado por el deudor: el fiador responde en defecto de éste, y el subfiador en defecto del fiador. Es decir, el subfiador queda obligado por el deudor principal.

En la cofianza es lícito pactar la solidaridad de los cofiadores. El acreedor se podrá entonces dirigir contra cualquiera de ellos por la totalidad de la deuda.

La cofianza solidaria es distinta de una modalidad consistente en que los cofiadores sean solidarios únicamente con el deudor y no entre sí, por lo que la deuda a garantizar se divide entre ellos. No tendrán cada uno beneficio de excusión, pero sólo les puede reclamar su parte el acreedor, no la totalidad de la deuda, como en la cofianza solidaria.

En la cofianza solidaria rigen los artículos 1.844 y 1.845.

XIII. RETROFIANZA

El fiador que paga por el deudor tiene derecho a repetir de éste lo que haya satisfecho. La retrofianza es la fianza de esta obligación de deudor, que asegura al fiador la satisfacción de su derecho de crédito.

XIV. FIGURAS AFINES A LA FIANZA

A) La llamada fianza por deuda propia

En algunas decisiones jurisprudenciales se ha admitido la posibilidad de que el propio deudor garantice su deuda, viéndose entonces la figura de una fianza que se califica de impropia. Ello sucede cuando el deudor entrega una determinada cantidad para responder del cumplimiento de sus obligaciones (p. ej., el arrendatario entrega una suma de dinero para responder del cumplimiento de sus obligaciones).

En realidad, tal calificación de fianza no es acorde con la naturaleza intrínseca del instituto, que presupone la existencia de un tercero que garantiza una deuda ajena. Más apropiada es la denominación de prenda irregular, figura admitida por la doctrina como uno de los tipos de derecho real de prenda, y cuya particularidad (que origina interesantes modificaciones en el régimen normal del derecho de prenda) reside en recaer sobre una suma de dinero.

B) La promesa del hecho de tercero

En esta figura una de las partes (promitente) promete a la otra (promisario) que un tercero se obligará respecto a ella a la realización de una determinada prestación, quedando responsable el promitente de la indemnización si el tercero no se obliga.

Las semejanzas externas con la fianza 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 la diferencia sustancial consiste en que la fianza supone una obligación accesoria y subsidiaria de la del deudor, mientras que en la promesa del hecho de tercero no existe ninguna relación obligatoria entre el promisario y el tercero de cuyo cumplimiento deba responder el promitente. Este se encuentra vinculado en vía principal con el promisario y sólo se libera cuando el tercero se obligue respecto al promisario. Además, el fiador goza de la acción de regreso contra el deudor cuando ha pagado por él, mientras que el promitente que indemniza al promisario no puede reclamar nada al tercero.

No obstante, si conceptualmente existe esta 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 el tercero cuando éste se obligue respecto al promisario. Pero el simple pacto de prometer la prestación de un tercero no atribuye al promitente la cualidad de fiador del mismo, por el principio de que la fianza no se presume.

C) Los contratos de garantía

Aunque la fianza forma parte de estos contratos, con la expresión antedicha se hace referencia específica a aquellas convenciones en las que una persona se obliga, asumiendo un riesgo por un hecho u omisión en que otro u otros pueden incurrir sin ninguna responsabilidad. Ejemplo de los mismos son: el garantizar a los suscriptores de acciones un dividendo mínimo; para inducir a un médico a establecerse en un determinado lugar se le garantiza una ganancia mínima, etc. Aquí existe una obligación autónoma del promitente, no accesoria de otra principal como en la fianza.

D) *Fideiussio indemnitatis*

En este contrato el fiador se obliga frente al acreedor a satisfacerle los daños que puede sufrir por el incumplimiento de la prestación, o una suma de dinero que corresponda a la indemnización por incumplimiento de la obligación principal.

El simple hecho de haber estipulado o haber hecho uso del beneficio de excusión no convierte al fiador en un *fideiussor indemnitatis,* porque en el primer caso el fiador ha de pagar únicamente la suma no obtenida del deudor, mientras en el segundo, todos los daños que provoque el incumplimiento.

En la *fideiussio indemnitatis* el fiador no está vinculado *ab initio* con el acreedor, sino que su obligación surgirá después de que la excusión de bienes del deudor ponga de relieve la falta de satisfacción del acreedor. De ahí que tradicionalmente en esta fianza se considere como condicional la obligación del fiador.

Esta figura tiene puntos de contacto con la tradicional fianza y con la aseguración de créditos. La doctrina admite que el fiador puede beneficiarse de la acción de regreso contra el deudor (art. 1.838), y destaca el deber de diligencia que ha de tener el acreedor en la persecución de bienes del deudor.

XV. CONTRATOS DE PRENDA, HIPOTECA Y ANTICRESIS

La fianza supone la creación de una obligación accesoria para garantizar el cumplimiento de una obligación personal .

Pero esta garantía puede conseguirse también mediante la constitución de un derecho real sobre la cosa que pertenezca al deudor o a un tercero. Tenemos así la prenda, hipoteca y anticresis, que facultan a su titular para proceder directamente sobre el objeto dado en garantía y satisfacerse con el producto de su valor. Estos derechos reales recaen, en último término, sobre el valor de aquel objeto.

Siendo preponderante en grado sumo el aspecto de derecho real en las figuras antedichas, nos remitimos a la exposición que se hará en la parte correspondiente al Derecho de cosas.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

CAFFARENA LAPORTA: *La solidaridad de deudores,* Madrid, 1980; CASSANOVA MUSSONS: *La relación obligatoria de fianza,* Barcelona, 1984; GUILARTE ZAPATERO: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 23, Madrid, 1979; LEÓN ALONSO: *El mandato de crédito,* R.D.P., 1982, p. 1075; PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza,* Barcelona, 1985.

IV

CUASI CONTRATOS. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

39. CUASI CONTRATOS

I. CONCEPTO LEGAL DEL CUASI CONTRATO. CUASI CONTRATOS ATIPICOS

El artículo 1.089 enumera entre las fuentes de las obligaciones a los cuasi contratos. Los considera como fuente autónoma, independiente de las otras en él recogidas, de obligaciones. Con ello se hace nuestro Código civil eco de una tradición milenaria que se remonta a la compilación justinianea. Parece comprobado que los compiladores dividieron los hechos que daban lugar a obligaciones que no nacían del contrato ni del delito, y que Gayo, en su clásica tripartición de las fuentes de las obligaciones, denominaba *aut propio quodam iure ex variis causarum figuris*. De esa división nacieron las obligaciones *quasi ex contractus y quasi ex maleficio,* y se hizo la misma por un afán de simetría, según el parecido de aquellos hechos con el contrato o con el delito.

El artículo 1.887 define los cuasi contratos como «los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y, a veces, una obligación recíproca entre los interesados». La licitud diferencia precisamente a esta fuente de obligaciones que es el cuasi contrato (art. 1.089) de la que origina las de reparación del daño causado por intervenir en el acto u omisión —también voluntario— cualquier género de culpa o negligencia (art. 1.902).

Por otra parte, el cuasi contrato no genera una obligación recíproca entre los interesados en el sentido del artículo 1.124. La expresión legal significa que puede quedar obligado su autor y cualquiera de los interesados en aquel hecho lícito y voluntario. En el cobro de lo indebido, el obligado es el que realiza tal cobro frente al que paga. En la gestión de negocios ajenos, el gestor y *dominus* están obligados entre sí, pero sin que entre las obligaciones medie vínculo de reciprocidad.

El cuasi contrato es una figura totalmente abandonada en la doctrina y Códigos modernos, que conservan la histórica gestión de negocios, regulan con carácter general el enriquecimiento sin causa y determinadas promesas unilaterales (reconocimientos de deuda, promesa pública de recompensa). Así, el Código civil italiano de 1942, el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

En realidad en los cuasi contratos nos encontramos con obligaciones impuestas por la ley en situaciones en las que los principios de solidaridad social o de justicia lo demandan. Por ejemplo, en la gestión de negocios, la ley no puede dejar de atender al que oficiosamente se encarga de un asunto ajeno que está abandonado por imposibilidad o ausencia de su dueño, ni en el cobro de lo indebido, a quien realiza por error una prestación sin estar obligado. Aquéllos son precisamente los fundamentos que en los antecedentes inmediatos al Código civil se dan como fundamento de la categoría del cuasi contrato, y no

una pretendida semejanza con otros contratos regulados por la ley (gestión de negocios ajenos como paralela al contrato de mandato; cobro de lo indebido como paralelo al contrato de mutuo) [1].

De ahí que, de seguir manteniendo el arcaico tipo general de cuasi contrato, no pueda circunscribirse a la gestión de negcios o al cobro de lo indebido. Ciertamente que son los únicos regulados, pero el Código civil no limita su número, es más, la genérica definición del artículo 1.887 lo consiente. Bastará que, en una situación concreta, aquellos principios de los que antes hemos hablado fundamenten la necesidad de restituir enriquecimientos o compensar ventajas obtenidos por la actuación de un tercero. Pero para ello, en lugar de recurrir a la creación de cuasi contratos atípicos (porque carecen de tipicidad legal) [2], basta la aplicación de la regulación del enriquecimiento injustificado.

II. GESTION DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO. SUS PRESUPUESTOS

El artículo 1.888 del Código civil no define la gestión de negocios, sino que se limita a describir el supuesto: «El que se encarga voluntariamente de la gerencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste...»

De esta descripción de la regulación legal de la figura pueden deducirse los siguientes rasgos que la configuran:

1.° *Falta de toda obligación, legal o voluntaria, de asumir la gestión.* No quiere ello decir que la gestión no pueda nacer si el gestor y el *dominus* están unidos por algún vínculo contractual. Puede originarse desde el momento en que se despliegue una actividad no prevista en el contrato (o no impuesta por los usos o la buena fe; art. 1.258).

2.° *Gestión de un negocio ajeno.* Aunque el gestor crea de buena fe que el asunto es suyo, no hay gestión de negocios. Nacerán pretensiones de enriquecimiento sin causa en favor del *dominus* o del gestor, según los casos.

[1] GARCÍA GOYENA, justificando las obligaciones no derivadas de un contrato sino de un hecho personal lícito o ilícito, que el Proyecto de 1851 recogía, dice: «... están fundadas en los grandes principios de moral, tan profundamente grabados en el corazón de todos los hombres, que es necesario hacer a otros lo que quisiéramos que ellos hicieran por nosotros en iguales circunstancias, y que estamos obligados a reparar los agravios y daños que hayamos creado.»

La base 21 de la Ley de 11 de mayo de 1888 siguió este mismo criterio: «Se mantendrá el concepto de los cuasicontratos, determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, *conforme a los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho,* unánimemente seguido por los modernos Códigos, y se fijarán los efectos de la culpa y negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquéllos bajo cuyo cuidado o dependencia estuvieren los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona.»

[2] Las sentencias de 8 de enero de 1909 y 21 de junio de 1945 admiten esta categoría.

Ha sido un requisito tradicional para tipificar la gestión de negocios ajenos al *animus aliena negotia gerendi,* que se ha identificado durante largo tiempo con la *intención* de gestionar altruistamente lo ajeno. De hecho, sin embargo, ante la imposibilidad de prueba de tal requisito, o se sienta la presunción, derivada de la general de buena fe en el actuar, de que el gestor posee aquel *animus,* o de que basta el que conscientemente se asuma la gestión de lo ajeno, como hace el Código civil italiano de 1942 (art. 2.209).

La ajenidad del negocio significa también que la gestión se deberá seguir en interés del *dominus* desde luego, aunque puede concurrir un interés propio del gestor. Piénsese en el vecino que contrata unos servicios para evitar que las averías en las cañerías del piso superior produzcan daños también en su casa. El Código civil no es opuesto a ello, sino sólo a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio. No prohíbe, pues, la concurrencia de intereses, sino que busque su propio interés a costa del ajeno (art. 1.891).

Si el gestor sabe que el negocio es ajeno, pero lo gestiona para sacar provecho de él, comete un acto ilícito, que le hará responsable de los daños causados al *dominus.*

3.° *Absentia domini.* El objeto de la gestión de negocios debe hallarse abandonado, comprendiendo en este supuesto todos los casos en que el *dominus* esté imposibilitado, incluso temporalmente, para hacerse cargo de él y disponer lo pertinente, por sí o por mandatario [3]. Nadie debe inmiscuirse en asuntos que su dueño está en disposición de gestionar, y mucho menos si hay una prohibición de él (S. de 2 de febrero de 1954). En ningún caso tiene el gestor oficioso una acción de enriquecimiento injusto contra él, porque el Código rechaza los «enriquecimientos impuestos» (cfr. arts. 362, 455, 487 y 1.573). Esta conducta daría lugar a un ilícito con su correspondiente responsabilidad, aunque con la posibilidad de compensar los lucros con los daños.

Cuando el *dominus* conozca la gestión, debe manifestar su oposición si las circunstancias no se le impiden. Caso contrario se entiende que ratifica lo hecho por el gestor.

4.° *Asunto lícito.* La ilicitud del negocio gestionado provocará la falta de acción del *dominus* contra el gestor y viceversa: *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (arts. 1.305 y 1.306).

5.° *Utilidad de la gestión.* La figura que estudiamos se estructura en el Código civil con un evidente carácter de excepcionalidad, como lo es en efecto la intromisión de un tercero en los asuntos ajenos. Por eso requiere que se trate de evitar un perjuicio *inminente y manifiesto,* es decir, una situación de urgencia. En otro caso, depende de la voluntad del *dominus* que quede obligado por lo que haya hecho el gestor (art. 1.893).

[3] La sentencia de 2 de abril de 1929 admitió la gestión de negocios de un incapaz.

A) Objeto de la gestión

El artículo 1.888 se refiere a los «negocios de otro». Esta expresión se interpreta en un sentido amplio. Por negocios no ha de entenderse aquí tan sólo actos o negocios jurídicos, sino también la realización de actos materiales (reparación de la casa ajena, extinción de un incendio, etc.), de conformidad con la tradición histórica.

B) Contenido

El gestor está obligado a continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí (art. 1.888). Por tanto, aquel deber no cesa con un simple requerimiento al *dominus*, pero puede valer, no obstante, como causa legítima de renuncia del gestor cuando el *dominus* no tenga ningún obstáculo para gestionar por sí mismo. Aun así debe continuar su gestión hasta que el *dominus* haya podido tomar las disposiciones necesarias (arg. art. 1.737).

En el desarrollo de su gestión debe obrar con la diligencia de un buen padre de familia e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al *dominus*, siendo moderable por los Tribunales la cuantía de la indemnización según las circunstancias del caso (art. 1.889). Es decir, no ha de obrar como lo haría concretamente el dueño del negocio, sino como cualquier *dominus* diligente (tipo abstracto). Por excepción, el gestor puede realizar operaciónes arriesgadas si el *dominus* tenía por costumbre hacerlas, según se deduce *a contrario* del artículo 1.891, al regular la responsabilidad del gestor. Dice que si tal *dominus* no tuviera por costumbre hacerlas, el gestor que las lleve a cabo tiene una agravación de su responsabilidad, que se sustancia en hacerle responsable del caso fortuito. Idéntica sanción recaerá si pospone el interés del dueño del negocio al suyo propio (en cualquier clase de operación).

Se permite al gestor delegar en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, respondiendo entonces de los actos del delegado, sin perjuicio de la responsabilidad directa de éste para con el dueño del negocio (art. 1.890, p. 1.°). Se establece aquí una solidaridad entre delegante y delegado frente al *dominus*, sin perjuicio de que entre ellos responda el delegado frente al delegante por incumplimiento defectuoso del encargo recibido. En otras palabras, es como si hubiese dos o más gestores, en cuyo caso la responsabilidad es solidaria (art. 1.890, p. 2.°). La diferencia entre ambas situaciones no radica más que en el hecho de que el delegado se incorpora a la gestión después de comenzada. Debe entenderse, por otra parte, que el delegado conoce el carácter oficioso de la gestión del delegante, pues de lo contrario debe ser tratado como un mandatario vinculado exclusivamente con su mandante.

El gestor está obligado a rendir cuentas de su gestión, aunque no lo declare expresamente el Código civil, porque tal obligación es medio indispensable para saber si ha cumplido los deberes de su cargo (Ss. de 17 de marzo de 1950, 2 de febrero de 1954 y 13 de junio de 1956).

Por lo que respecta al *dominus*, la ratificación de la gestión produce los efectos del mandato expreso (art. 1.892). Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, tiene obligación de responder de las obligaciones contraídas por el gestor en su interés, indemnizándole de los gastos necesarios y útiles y de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo (no su trabajo), cuando (art. 1.893):

1.° Se aprovecha (conducta objetiva) de las ventajas de la gestión. No basta, por tanto, que existan esas ventajas si no hay aprovechamiento del *dominus*. Por ello se dice que, cuando así fuera, se está ante una ratificación tácita de la gestión.

2.° La gestión ha tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno *(utiliter coeptum)*.

¿Qué implica la responsabilidad del *dominus* por las obligaciones asumidas por gestor en su interés? Depende fundamentalmente de cómo ha obrado ese gestor. Si ha utilizado el nombre del *dominus* (por cuenta de quien contrata), quedará éste vinculado directamente con los terceros. Pero si el tercero ha contratado con el gestor, empleando éste su propio nombre, no tendrá acción más que contra él, independientemente de que éste accione posteriormente contra su *dominus* para reembolsarsse, por ejemplo, de lo pagado (art. 1.717).

Como se ve, la regulación del Código civil de la figura que nos ocupa gira en torno a la utilidad de la gestión. Cuándo existe esa utilidad es algo que no dice con claridad. Si atendemos el párrafo 2.° del artículo 1.893, parece *a contrario* que la identifica con gestión de la que resulte provecho para el *dominus (utiliter gestum)*. En cambio, en su párrafo 1.° no hace tal cosa; basta que éste se aproveche de las ventajas de la gestión, que es cosa distinta de una gestión provechosa. Una gestión provechosa es la que deja un activo, un incremento patrimonial al *dominus*. Ventajas son, por el contrario, tomar lo que beneficie de la gestión, aunque haya partidas negativas.

De cualquier forma, la normativa del Código resulta incoherente, puesto que no tiene mucho sentido imponer al gestor obligaciones de diligencia para que tenga acción contra el *dominus* si todo queda condicionado al final a su voluntad. Si no ratifica la gestión en forma expresa o tácita, da igual cómo haya gestionado el tercero para él. Aquellas obligaciones se explican si la utilidad que se mira es la inicial, es decir, que habrá gestión útil cuando ha sido emprendida oportunamente, como cuando se evita un perjuicio inminente y manifiesto [4]. De ahí la obligación de continuarla con diligencia.

[4] Las sentencias de 27 de abril de 1945 y 26 de junio de 1946 se inclinaron por el criterio de la utilidad inicial de la gestión, en casos en los que era muy discutible su encaje en la figura de la gestión de negocios, pues se trataba de actuaciones llevadas

C) SUMINISTRO DE ALIMENTOS Y GESTIÓN FUNERARIA

El párrafo 1.° del artículo 1.894 se refiere a la gestión que hemos llamado suministro de alimentos, bien entendido que éstos pueden darse de una sola vez o continuamente. Dice el precepto citado: «Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos».

La disposición se refiere al extraño que cumple una prestación alimenticia que incumbe legalmente al pariente del alimentista. En otras palabras, su presupuesto es la existencia de la deuda alimenticia entre parientes. Aquel extraño reclamará el importe dentro del *quantum* de la prestación que debió satisfacer el pariente. El exceso es deuda propia del alimentista.

Aunque el Código civil exige sólo que la prestación de alimentos se haga sin conocimiento del obligado, este caso es uno de los supuestos excepcionales en que la doctrina admite una gestión contra la prohibición del *dominus*. Sería inmoral consentir en que el obligado prohibiese que diera alimentos al alimentista, pero él no los prestase.

A la gestión funeraria se refiere el párrafo 2.° del propio artículo 1.894: «Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido obligación de alimentarle». Su regulación conjunta con el suministro de alimentos autoriza a incluir el supuesto de que un extraño sea el que los ha satisfecho.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

DE SEMO: *La gestión de negocios en la teoría y en la práctica,* trad. esp., Madrid, 1986; GARCÍA VALDECASAS: *La gestión de negocios ajenos,* R.D.P., 1957, p. 619; LACRUZ BERDEJO: *La gestión de negocios sin mandato,* R.C.D.I., 1975, p. 245; NÚÑEZ LAGOS: *La gestión de negocios ajenos; Los cuasi contratos en general;* ambos en «Comentarios al Código Civil» de M. Scaevola, t. 35; ORTEGA PARDO: *Cuasi contratos atípicos,* A.D.C., 1948, p. 408; PASQUAU LIAÑO: *La gestión de negocios ajenos,* Madrid, 1986.

a cabo por comites de incautación de empresas en la zona republicana durante la guerra civil de 1936-1939. Había evidentemente una gestión *contra* la voluntad de sus dueños.

Parece que la acogida de aquel criterio era un mero *obiter,* ya que la *ratio decidendi* estaba en que los dueños de las empresas se aprovecharon de las ventajas de la gestión del comité, aunque no existieran ya al hacerse cargo de ellas.

40. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

I. LA CAUSA EN LAS ATRIBUCIONES PATRIMONIALES

El concepto de causa no es propia solamente del negocio jurídico: se utiliza también en relación con las atribuciones patrimoniales. Se expresa con esta idea la necesidad de que toda atribución y todo desplazamiento entre patrimonios se justifique merced a una situación previa que el ordenamiento jurídico considera bastante para llevarlo a cabo. Se sigue de ello que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícita, debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el que ha recibido la atribución debe restituir. Correlativamente surge una acción en favor del emprobrecido para obtener o reclamar dicha restitución.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Está fuera de toda duda que la categoría moderna del enriquecimiento injustificado o sin causa tiene su origen remoto en la regulación romana de las *condictiones.*

La *condictio* fue un remedio legal, de origen, de contornos y de función en alguna medida inciertos. ORTOLAN dice que la quinta y última de las acciones de la ley *(legis actio per condictionem)* apareció en el año 510 a.C. para suplir las deficiencias de las otras cuatro. En ella, el recurso a la acción de la ley se producía mediante la denuncia o emplazamiento del demandado (*condicere* = citar o emplazar para un juicio), y mediante esta acción se llevaban a cabo algunas singulares reclamaciones, ante todo la restitución de una *datio* cuando el demandado no poseía título o razón suficiente para retener.

Sea de todo ello lo que fuere, lo cierto es que en el Digesto justinianeo aparecen especialmente mencionadas varias *condictiones:*

a) La llamada *condictio causa data causa non secuta* o *condictio causa datorum,* que era una atribución patrimonial que una persona había hecho en vista de un resultado futuro que no se produce.

b) La *conductio ob turpem causam,* cuando el resultado buscado es inmoral o deshonesto.

c) La *condictio indebiti,* cuando alguien paga por error una deuda inexistente o lo que no se debía.

A estas tres centrales *condictiones* se añaden algunas otras en el Digesto justinianeo: 1.ª, la *condictio sine causa,* cuando alguien hace una promesa sin

causa, que se diferencia de las anteriores en que en lugar de una *datio* se produce una simple *promissio;* 2.ª, la *condictio furtiva,* que permite reclamar la cosa hurtada o su valor, y obliga no sólo al autor del hurto, sino a sus herederos; 3.ª, la *condictio ex lege,* de la cual se dice, en un texto de PAULO, que, cuando una nueva ley introduce una nueva obligación y no se ha prevenido en ella el tipo de acción que se da, se entiende que es la *condictio.*

Al lado de las *condictiones,* el Derecho romano conoció las *actiones in rem verso.* La regla general es que cuando las personas sometidas a potestad ajena no tienen peculio, o lo tienen insuficiente, responden de sus deudas aquellos bajo cuya potestad se encuentran, siempre que estos últimos hubieran obtenido algún provecho de la actuación de los primeros, de manera que lo que han hecho puede considerarse como si ellos mismos hubieran contratado. Esta *actio* se funda centralmente en la obtención del provecho por el actuar de otro.

La Glosa comenzó un proceso de elaboración de esta materia a partir, sobre todo, del célebre texto de POMPONIO (D. 50, 17, 206) y de las vacilaciones que su aplicación literal producía. La regla es clara: nadie puede enriquecerse injustamente con daño de otro. Sin embargo, hay frecuentes casos en que el texto de la ley conduce a la solución cabalmente contraria. Ocurre, v.gr., cuando se ordena que una acción ha prescrito y no puede ya ejercitarse, o que se consume una usucapión en contra del verdadero propietario de la cosa.

ASTUTI ha puesto de relieve que en los intérpretes medievales la *condictio* parece generalizarse. ACCURSIO especialmente propende a pensar que existe una *conductio sine causa generalis,* dirigida a la repetición de todo aquello que ha sido dado o pagado sin causa. AZÓN cree que el texto de POMPONIO es una buena regla de equidad, subrayando —dice ASTUTI— el requisito de que el daño sea producido con *iniuria,* es decir, sin causa o en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Hay casos en que uno experimenta un beneficio *(commodum)* con daño de otro —como en la prescripción y usucapión—, pero en ellos no se produce *cum aliena iniuria,* porque se realiza por voluntad de la ley. De modo semejante, BARTOLO y los postglosadores recogen el principio, pero advierten que no puede ser aplicado en casos particulares en que el *ius estrictum* es preferido a la *aequitas.*

El principio de la inadmisibilidad de un enriquecimiento injustificado, formulado en el Digesto con expresa cita del *ius naturale* y de la *aequitas,* fue lógicamente recibido por la doctrina canonista.

La construcción más completa y definitiva del tema se lleva a cabo en los siglos XVII y XVIII, por obra de la doctrina del Derecho Natural racionalista. POMPONIO había dicho que la regla procedía del Derecho Natural y ello debía servir de acicate y modelo a los iusnaturalistas de los siglos citados. La relación de la imposibilidad de enriquecerse injustamente según el Derecho Natural determina, es esta época, dos importantes consecuencias: la primera es la admisión, esbozada por la Glosa, de una *condictio sine causa* de carácter general, diferente de la que había recibido este nombre en el Derecho justinianeo, que se refería sólo a una *promissio* sin causa; la segunda es la creación

de lo que algunos autores llaman la «*actio in rem verso* del Derecho común», diferente y más amplia de la que había conocido el Derecho romano. En virtud de ella se permite reclamar una ventaja o beneficio patrimonial que se ha obtenido por intermedio del patrimonio de un tercero.

Esta tradición desembocó en la recopilación del Derecho general prusiano (1794) y en el Código civil austríaco (1811), que la recogieron y reglamentaron supuestos legales inspirados en ella.

En la literatura jurídica del siglo XIX recibe un nuevo impulso. Tras haber estudiado la doctrina de las *condictiones,* se pregunta SAVIGNY qué es lo que todas ellas tienen o pueden tener en común, y dice: «todos estos casos tienen entre sí, en común, el aumento de un patrimonio por disminuición de otro que o se ha producido sin causa, o ha perdido su causa originaria». Inmediatamente añade que se puede utilizar la idea del enriquecimiento falto de causa de uno a costa del patrimonio del otro.

Estas ideas, junto con la entera doctrina de las *condictiones,* fueron objeto de ulteriores desarrollos en la doctrina alemana del siglo XIX, y cristalizaron, finalmente, en los tratados y manuales de los más conocidos pandectistas.

III. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA EPOCA DE LA CODIFICACION

Las elaboraciones de los pandectistas (sobre todo la de WINDSCHEID) influyeron decisivamente en la codificación alemana. El parágrafo 812 del Código civil contiene una cláusula general: quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa, está obligado a la restitución. La casuística empieza después, cuando se dice, v.gr., que la obligación restitutoria existe también (parágrafos 812.1, *in fine,* y 812.2) si la causa ha desaparecido posteriormente o si no se ha producido el resultado perseguido con la prestación, según el contenido del negocio (descripción muy clara de la *condictio causa data causa non secuta);* y cuando se señala que la finalidad de la prestación puede encontrarse determinada de modo que al aceptarla el *accipient* contravenga una disposición legal o las buenas costumbres (cfr. parágrafo 817), recogiendo la *condictio ob turpem vel iniustam causa.*

El núcleo central, sin embargo, de la construcción del enriquecimiento injustificado lo constituye un determinado modo de entender la *condictio indebiti,* que no tiene una regulación especial ni la del pago de lo indebido. La figura y su solución quedan englobadas en la cláusula general del parágrafo 812. Por eso la *condictio indebti* alemana presenta una configuración de carácter amplísimo. El error del *solvens* no constituye un elemento definidor de la *condictio,* pero la obligación de restituir queda excluida cuando el *solvens* sabía que no estaba obligado.

Muy distinta de la germánica fue la tradición francesa. Subraya GORE que los antiguos autores franceses no consagraron nunca el principio de que nadie

debe enriquecerse a cargo de otro como fuente general de obligaciones, y que sólo hacen a ello raras alusiones. También destaca el autor citado que, si bien la teoría romana de las *condictiones* se introdujo y mantuvo en Francia, al exigirse la causa como un elemento estructural de los contratos (DOMAT), su falta lo hacía nulo y, en consecuencia, las acciones fundadas en la ausencia de causa sirven al mismo tiempo para repetir las prestaciones realizadas en ejecución del mismo. El desarrollo de las teorías de las nulidades por falta de causa priva de fundamento a la figura de las *condictiones.*

En POTHIER la noción del enriquecimiento injusto se liga con la gestión de negocios ajenos. Además de ello, recogida la idea de que el que paga un *indebitum* se asemeja al que presta, habla de un cuasi contrato llamado *pro mutuum,* que asimila a la acción que nace de la *condictio indebiti,* haciendo de esta última una regulación que los codificadores reducirán más todavía.

Nada tiene de extraño que, con estos antecedentes, el Código de Napoleón no regule el enriquecimiento injusto. Hay en él una regulación de la acción de repetición que se encuentra en la disciplina de las obligaciones y contratos (restitución por causa de nulidad del contrato, etc.) y una configuracion de la repetición del pago de lo indebido (la clásica *condictio indebiti*) con un sentido en algún modo residual. Esta orientación se sigue en nuestro Derecho.

La formación de la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa en el Derecho francés es tardía y jurisprudencial.

IV. CONSTRUCCIONES DOCTRINALES

A) EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DENTRO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En un determinado momento se generalizó la idea de que la prohibición de los enriquecimientos injustificados constituye un principio general del Derecho. Se buscaría de este modo, según expresión de RIPERT, la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil, llevando a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas para proceder en consecuencia.

Comentando esta línea de pensamiento, dice GORE que una noción teñida de criterios morales no es susceptible de una automática definición, de manera que se trata de que el juez decida según el sentido general de la justicia.

En realidad, con ella se cae en la casuística más heterogénea y en el arbitrio propio de un Derecho judicial, sistema éste que entre nosotros no es admisible por impedirlo el principio de seguridad jurídica y la vinculación de los jueces al Derecho (arts. 9.° y 120.3 de la Constitución). Por otra parte, no se puede hablar de un principio general del Derecho que imponga la revisión de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimientos recibidos. La revisión o reexamen sólo se produce en algunos casos en que se valora como digno de

tutela el interés del demandante de la restitución y se desprotege el interés del demandado. La repetición tiene un acusadísimo carácter excepcional, cuando exista para ello una prescripción jurídica concreta (p. ej., el contrato que se ejecutó era nulo; la cosa que se entregó en pago no correspondía a ninguna obligación del tradente, etc.).

B) EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Otra línea de pensamiento coloca al enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones, lo que es decir muy poca cosa, es quedarse en la superficie: si se quiere aludir a su efecto (la creación de una obligación restitutoria), se trata de una verdad indiscutible, pero nada más. Sin embargo, cuando la idea del enriquecimiento sin causa se inserta en las conocidas enumeraciones de las fuentes de obligaciones, no deja de producirse alguna distorsión.

En relación con los contratos, puede decirse que en su normativa jurídica las valoraciones de justicia y de injusticia de los resultados contractuales quedan subordinados al postulado de que sean obra de la iniciativa y de la autonomía de las partes. Lo justo, lo exigido por la dignidad personal, es un mundo de contratos libres, por lo que los enriquecimientos conseguidos a través de ellos no son nunca injustos.

La idea del enriquecimiento aparece en los contratos precisamente cuando se decreta su ineficacia y surge la obligación de restituir, que el Código civil atiende entonces con normas más o menos completas.

Así las cosas, la regla que veda el enriquecimiento injusto queda relegada a las relaciones de naturaleza no contractual. En este sentido se han explicado los cuasi contratos de gestión de negocios y cobro de lo indebido, e incluso se ha querido ampliar estos dos tipos legales acogiendo la categoría de los cuasi contratos atípicos. En realidad, la crisis de la noción del cuasi contrato convierte en inútil todo este empeño teórico.

Por último, queda la relación del enriquecimiento injusto con el Derecho de daños, que debe matizarse. Este Derecho trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien culposa o negligentemente causa daño a otro. Acaecido un infortunio, quién debe soportar las consecuencias; ésa es la pregunta central. En el genuino Derecho de daños hay daño y no necesariamente enriquecimiento. A la inversa, podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en los que no puede hablarse de daño en sentido técnico. Si alguien paga algo que no se debe, el *accipiens* se ha enriquecido, pero el empobrecimiento del *solvens* no es un daño en el sentido del artículo 1.902 C.c.

Hay, sin embargo, casos en que el cruce existe. Se trata fundamentalmente de los supuestos de intromisión o de invasión en el ejercicio de un derecho que es ajeno. Por ejemplo, el titular de una concesión minera excava y extrae mineral de terrenos pertenecientes a un concesionario limítrofe; se utiliza sin autorización la propiedad intelectual o industrial ajena. El Derecho del enriqueci-

miento funciona además aunque el daño no se haya producido. Piénsese en el ejemplo de CAEMMERER: un importante medio de difusión utiliza la propiedad intelectual de un autor de un libro escasamente conocido, sin su licencia y sin pagarle ninguna retribución, pero la curiosidad despertada produce un notable incremento de las ventas y enriquece al autor.

C) EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y EL CONTROL CAUSAL-FUNCIONAL DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE VALOR Y LA TEORÍA DE LA CAUSA

Aproximadamente alrededor de los años veinte, en la doctrina de los países situados en la órbita de la tradición de la codificación francesa comienza a producirse la sustitución de la antigua idea del «enriquecimiento injusto» por otra más moderna, que habla de «enriquecimiento sin causa», seguramente por influjo de la legislación y literatura alemanas. Aunque el Código civil alemán no hable de «enriquecimiento sin causa», sino de «enriquecimiento injustificado», el parágrafo 812 define la regla que nos ocupa diciendo que quien obtiene algo por prestación de otro o de otro modo sin *causa jurídica* está obligado a la restitución.

El problema central de este encuadre es la noción de «causa». En los Derechos pertenecientes a la tradición de la codificación francesa, por obra de una línea doctrinal que, procedente de DOMAT y de POTHIER, llegó al Código civil francés, la causa se articula como «causa de las obligaciones» o «causa de los contratos». En cambio, en el Código civil alemán la idea de causa no se menciona para nada en la regulación del contrato y sólo aparece cuando se refiere al «enriquecimiento injustificado».

El Derecho alemán se ha caracterizado siempre por el triunfo del principio de abstracción, en especial por lo que se refiere a las transmisiones de la propiedad: es la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir, respectivamente, lo primordial y fundamental, sin que importe a estos efectos la razón de ese desplazamiento patrimonial. Por eso, la regla sobre el enriquecimiento injustificado es necesaria como mecanismo de corrección de las consecuencias producidas por la abstracción. Como el funcionamiento en aras de la abstracción exige la transmisión de la propiedad, sin embargo, la inexistencia y los vicios y defectos del negocio subyacente en las simples declaraciones de voluntad de transmitir y adquirir pueden obligar a una restitución, a un reequilibrio.

En la tradición francesa, en cambio, los contratos necesitan una causa (vid. art. 1.274 de nuestro Código civil) como elemento esencial, y los que no la tienen o la tienen ilícita obligan a restituciones de los desplazamientos realizados, como consecuencia de la nulidad del contrato y sin que sea necesario construir, como en el Derecho alemán, una pretensión restitutoria o de resarcimiento independiente. Además, problemas relativos a la resolución de los contratos por incumplimiento o por onerosidad excesiva —con los consiguientes efectos

restitutorios— se consideran que tienen un fundamento causal y que obedecen a una falta sobrevenida de causa. El Derecho alemán, en cambio, ha permanecido ajeno, como se sabe, a la tradición de la idea de causa procedente de DOMAT y POTHIER, lo que provocó la supervivencia de la doctrina de las *condictiones* y un desarrollo de las mismas extraordinariamente elaborado, porque los problemas de causa, falta de causa, causa lícita, causa torpe, etc., tienen que recibir solución por esa vía.

De acuerdo con estas líneas legislativas, para nuestro Derecho, que sigue la tradición francesa, por justa causa de una atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la misma para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que autorice aquella consecuencia.

Ese negocio jurídico válido y eficaz debe encontrarse construido y regulado de acuerdo con una noción causal o causalista.

V. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA. LA PRETENSION DE ENRIQUECIMIENTO

La doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa es, en el Derecho español, una construcción jurisprudencial y doctrinal, que sólo muy modernamente ha tenido el reflejo en el ordenamiento legislativo, curiosamente para establecer la regla de conflicto, en el Derecho Internacional Privado (cfr. art. 10.9 C.c.), y en la Ley Cambiaria y del Cheque (art. 65). Tomando como base un texto de Las Partidas (7, 34, 17) en el que se dice que ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro, una jurisprudencia ya antigua, que se remonta por lo menos a la mitad del siglo XIX, considera que es un principio general del derecho el de que nadie puede enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre el enriquecido debe restituir. La jurisprudencia posterior a 1945 ha tratado de perfilar la construcción señalando los requisitos que la pretensión de enriquecimiento debe reunir para ser viable.

La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que toda pretensión de enriquecimiento exige, como requisitos esenciales; *a)* la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor; *b)* conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento, *c)* falta de causa que justifique el enriquecimiento (Ss. de 28 de enero de 1956 y 5 de diciembre de 1980, entre otras muchas).

A) PRESUPUESTOS

a) *El enriquecimiento.*—Se puede producir tanto por un aumento del pa-

trimonio como por una no disminución del mismo (Ss. de 12 de enero de 1943 y 28 de enero de 1956).

El aumento del patrimonio puede deberse a un incremento del activo (adquisición de cosas corporales, adquisición de derechos, reales o de crédito, de la posesión de las cosas; de cualquier otra ventaja como aumento del valor de las cosas o derechos ya existentes en el patrimonio por mejoras, edificaciones, etc.,) o a una disminución del pasivo (extinción de una deuda, de un gravamen, etc.).

El enriquecimiento negativo se da cuando es evitada una disminución del patrimonio. En este sentido, un no gasto es equivalente a un ingreso. Se comprenden aquí todos los casos en que hay consumo de cosas pertenecientes a otro o servicios recibidos o expensas hechas por un tercero, si el enriquecimiento ha evitado de esta forma un gasto. Los servicios realizados por un tercero son también fuente de enriquecimiento. Son de sumo interés dos ejemplos extraídos de la jurisprudencia francesa: 1.° A causa de una promesa de matrimonio trabaja en casa de su patrón una empleada, que es al mismo tiempo su prometida y su concubina. No habiéndose llevado a cabo el matrimonio, el Tribunal declara el derecho a la restitución del enriquecimiento logrado por el patrono, quien se ha enriquecido ahorrándose el salario de una empleada. Ella, por su parte, se ha empobrecido por su falta de retribución. 2.° Las difíciles investigaciones de una genealogista dan por resultado que una persona fallecida tiene descendencia directa en América. Repartidos los bienes entre los colaterales, el genealogista advierte a los descendientes americanos su derecho a la herencia sin dar grandes detalles y, al mismo tiempo, les propone un contrato de comisión para encargarse del asunto, que los herederos rechazan. Sin embargo, la pista dada lleva a los herederos a aclarar su situación y entran en posesión de los bienes de la herencia. El genealogista consigue del Tribunal que se condene a los herederos a pagar una cantidad, con fundamento en el enriquecimiento y en el carácter profesional de su mediación.

b) *El empobrecimiento del actor.*—La existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro. Al enriquecimiento debe corresponder un empobrecimiento de otro patrimonio. El que no sufre este empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable: puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo.

A pesar de la existencia material del empobrecimiento, la acción está excluida en ciertos casos en que es imputable al demandante mismo o proviene de una iniciativa que no parece poder concederle un justo título. Así ocurre, sobre todo, cuando el empobrecimiento proviene de un acto ilícito: la abuela que conserva a los niños contra una decisión judicial ordenando entregarlos al padre divorciado, no puede demandar el reembolso de los gastos de manutención.

c) *La relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.*—Debe existir un lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. Es preciso que el empobrecimiento de uno sea la causa del enriquecimiento del otro.

A veces el enriquecimiento del demandado no proviene directamente del empobrecimiento del demandante, sino de otro patrimonio al cual previamente ha enriquecido éste, no hay un desplazamiento directo de valores entre el de él y el primero. Por ejemplo, un contratista construye para un comitente que había comprado el terreno. La compraventa se resuelve, el vendedor recupera el terreno lógicamente con el edificio, y el contratista, ante la insolvencia del comprador, pretende que le pague el importe de las obras.

Una generalización total y absoluta de la legitimación para entablar la acción de enriquecimiento tiene el peligro de ignorar la regla de la relatividad de los contratos, por lo que será necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes y valorar si debe ser entonces sacrificado este principio [1].

d) *La falta de causa del desplazamiento patrimonial.*—Finalmente, es necesario, para que la acción proceda, que falte la causa de la atribución, entendida en el sentido que hemos dejado indicado al comienzo de este capítulo. Nuestra jurisprudencia lo ha repetido constantemente. La aplicación del principio que veda enriquecerse injustamente —dice— exige que se demuestre, en cada caso, además del hecho del enriquecimiento, su falta de causa o justificación, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un derecho legítimo que se ejercita sin abuso, en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho, o cuando el beneficio del demandado se halla fundado en preceptos legales (Ss. de 27 de marzo de 1958, 19 de abril de 1961 y 8 de enero de 1980, entre otras).

Como se ve, la jurisprudencia restringe de este modo la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento, evitando que se convierta de hecho en una causa de inseguridad jurídica bajo pretexto de examinar la acomodación de las adquisiciones a la idea subjetiva de justicia del aplicador del Derecho.

Por lo que respecta a los contratos, hay que subrayar que la existencia de un contrato *válido* excluye la acción, pero la nulidad absoluta o relativa del mismo o su resolución o rescisión posterior se gobierna por las propias normas que el Código dedica a estas materias.

e) *No es necesaria mala fe del enriquecido.*—Aunque en un principio la jurisprudencia exigió para la viabilidad de la acción que el enriquecimiento fuera «torticero», hoy es doctrina que no se exige mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido, que hasta puede ser ignorante o de buena fe (Ss. de 27 de marzo de 1958 y de 5 de octubre de 1985, entre otras).

[1] Las sentencias de 22 de diciembre de 1962 y 12 de noviembre de 1969 abordaron casos que teóricamente pudieran caber en los enriquecimientos indirectos. En la primera, sin embargo, no se apreció, sino el directo del propio demandado. En la segunda se negó acción al constructor.

B) CONTENIDO

Dice la sentencia de 5 de octubre de 1985, que «si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranqueable... que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá aquél reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento». Claro está que queda por determinar cuál es la medida del empobrecimiento, sobre todo a efectos de incluir el lucro cesante como concepto indemnizable. Siguiendo la pauta que marca el Código civil en la normativa sobre el cobro de lo indebido, que es una variante del enriquecimiento sin causa, debe de atenderse a la buena o mala fe del enriquecido, aplicando los artículos 1.896 y 1.897. Del primero de ellos resulta una agravación de la responsabilidad del enriquecido de mala fe.

C) NATURALEZA Y PRESCRIPCIÓN. LA CUESTIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD

La acción de enriquecimiento es *personal*, no tiene por objeto la restitución o recuperación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que es una acción dirigida a la reintegración del equivalente. Es, pues, una acción de reembolso que busca una condena pecuniaria. Su plazo de prescripción será el general de quince años (art. 1.964) (S. de 5 de mayo de 1964).

La doctrina y jurisprudencia francesas se inclinan por la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, de modo que cuando el empobrecido pudo accionar con una acción nacida de un contrato, cuasi contrato, responsabilidad civil o de la propia ley, no le cabe el recurso a aquella acción. El Código italiano de 1942 opta también por la subsidiariedad de modo expreso (ar. 2.042). También la jurisprudencia española sigue en general, con la excepción que después se dirá, este criterio, sin más matizaciones (Ss. de 12 de enero de 1943, 22 de diciembre de 1962 y 5 de octubre de 1985).

Seguramente la subsidiariedad es una medida acertada para evitar convertir a la acción de enriquecimiento en un barreno dentro del sistema codificado. Si el legitimado pudiese acudir a ella libremente, ¿de qué servirían las normas reguladoras de restituciones patrimoniales que, aunque basadas en enriquecimientos sin causa, han merecido atención especial del legislador? Piénsese en las nulidades o rescisiones contractuales, con los plazos abreviados para su ejercicio en aras de la seguridad jurídica. Por estas mismas razones, no debe considerarse legitimado al que ha tenido esas acciones y las ha dejado prescribir o caducar.

Una excepción cabría hacer, sin embargo, referida a la concurrencia en una misma hipótesis de normas sobre responsabilidad civil por daño aquiliano (art. 1.902) y las del enriquecimiento.

La acción que al dañado corresponde, como vio acertadamente la sentencia de 12 de abril de 1955 [2], concurre con la del enriquecimiento injusto, pudiendo aquél ejercitar la que estime más adecuada.

En efecto, un mismo hecho puede originar el enriquecimiento de su autor y el empobrecimiento del demandado sin causa, y puede verse también como un daño que sufre por una acción de aquél en su patrimonio. En la hipótesis de la sentencia acabada de citar, el que el concesionario de una mina invada los terrenos del concesionario limítrofe, extrayendo mineral de su concesión. En cambio, no todo daño lleva consigo un aumento patrimonial para el que lo causa, en cuyo caso no habrá más acción que la de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALVAREZ CAPEROCHIPI: *El enriquecimiento sin causa,* Santiago de Compostela, 1979; DÍEZ-PICAZO: *La doctrina del enriquecimiento injustificado* (discurso de recepción en la R. A. de Jurisprudencia, contestado por DE LA CÁMARA ALVAREZ), Madrid, 1987; NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español,* Madrid, 1934; LACRUZ BERDEJO: *Notas sobre el enriquecimiento sin causa,* R.D.C.I., 1969, p. 569.

[2] Esta importante y bien construida sentencia ha sido seguida por la de 10 de marzo de 1958, 22 de diciembre de 1962, 5 de mayo de 1964 y 5 de octubre de 1985. Hay que anotar, no obstante, que esta última contiene un *obiter* incoherente con la tesis *que acoge.* El *obiter* declara que «es cuestionable» que puedan acumularse la acción *ex* artículo 1.902 C.c. y la de enriquecimiento, por ser ésta subsidiaria. La doctrina jurisprudencial es taxativa, por contra, en cuanto a la concurrencia de las acciones y la libertad de elección entre ellas.

41. COBRO DE LO INDEBIDO

I. EL CUASI CONTRATO DE COBRO DE LO INDEBIDO: PRESUPUESTOS

Este cuasi contrato, tipificado legalmente, surge cuando se ejecuta una prestación que no es debida por error. El Código civil, siguiendo la tradición histórica, identifica la prestación con la entrega de alguna cosa. Dice el artículo 1.895 que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla».

La obligación de restituir se funda en lo indebido de la entrega, que puede obedecer a cualquiera de estas causas:

1.ª La deuda existe, pero vincula a personas distintas del que da y recibe el pago *(indebitum ex persona)*.

2.ª No ha existido nunca entre el que da y recibe ninguna relación obligatoria, o la que existió se ha extinguido con anterioridad al pago *(indebitum ex causa)*.

3.ª Existe una deuda entre el *solvens* y el *accipiens*, pero aquel ha entregado una cantidad mayor de la debida (S. de 21 de noviembre de 1957), o bien otra cosa distinta de la que se pactó como objeto de la presentación a que se obligó.

La jurisprudencia muestra una tendencia expansiva en la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido. Así, el supuesto de que la entrega se hiciera para constituir una obligación que no llegó, sin embargo, a nacer (S. de 30 de enero de 1986), y como subsidiarias del artículo 1.303, es decir, cuando el contrato se anula y hay que restituir las prestaciones realizadas (S. de 31 de octubre de 1984).

II. EL ERROR DEL *SOLVENS*

El error del que paga es otro de los requisitos que exige el artículo 1.895, admitiéndose tanto el de hecho como el de derecho (Ss. de 7 de julio de 1950 y 21 de noviembre de 1957), sin que haya de ser aquí excusable, porque lo contrario conduciría a la solución inmoral de permitir el *accipiens* quedarse con lo que no se le debe bajo el pretexto de que el *solvens* debió de ser diligente.

La prueba del error, siempre difícil, se facilita mediante el establecimiento de presunciones. En efecto, el artículo 1.900 preceptúa que la prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho, lo mismo que el error con que lo realizó, «a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que

le era debido lo que se supone que recibió.» Hay, por tanto, una relevación de la carga probatoria del error si el *solvens* prueba el hecho positivo del pago frente a la afirmación del *accipiens* de que no ha recibido [1].

El artículo 1.901 sienta otra presunción de error favorable al *solvens*. Dice que «se presupone que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa». El ámbito de la presunción es amplísimo (cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada), pero para que sirva como lo que es (un medio probatorio), el *solvens* ha de probar el hecho del pago y *manifestar* que nunca se debió lo que entregó, o *probar* que, si debió, ya pagó. En este segundo caso no se encuentra ante un hecho negativo como en el primero, de imposible prueba directa por su misma naturaleza.

El *accipiens* destruye la presunción probando que el pago se hizo «a título de liberalidad o por otra justa causa», expresión esta última comprensiva de las hipótesis más variadas (que existía la deuda, que la cosa recibida era la debida, que el *solvens* quiso pagar una deuda ajena). También cabe incluso el cumplimiento de las obligaciones morales (Federico DE CASTRO).

La restitución de la cosa indebidamente entregada ha de hacerse al *solvens*, aunque no sea su propietario, salvo que éste haya interpuesto la acción reivindicatoria contra el *accipiens* que la detenta [2].

III. OBJETO DE LA RESTITUCION

El *solvens* tiene derecho a reclamar lo indebidamente percibido por el *accipiens*. Pero el objeto de la restitución, su extensión misma, varía según la naturaleza de la cosa entregada y la buena o mala fe del *accipiens*.

Cuando la entrega tuvo por objeto una cosa cierta y determinada, la resti-

[1] El último inciso del artículo 1.900 o es inoperante por obvio si se interpreta que todo *accipiens* tiene el derecho de probar que le era debido lo que recibió, o no tiene viabilidad procesal si se relaciona con la hipótesis que recoge anteriormente el precepto. En efecto, si el *accipiens* ha negado haber recibido y en el período probatorio del pleito el *solvens* demuestra lo contrario, no hay términos hábiles para que después de ese período se abra otro a fin de que el primero pruebe que le era debido. Tampoco es lógico que articule su defensa negando primero haber recibido y subsidiariamente, para el caso de que el actor pruebe haber entregado, que la cosa le era debida.

[2] Las sentencias de 22 de diciembre de 1903 y 4 de marzo de 1936 sostienen que no exime al *accipiens* de su obligación restitutoria «la devolución hecha al verdadero y legítimo dueño». Pero una cosa es que no pueda negarse a restituir al *solvens* basándose que no es dueño de la cosa (lo que a él evidentemente no le importa), y otra que no pueda restituir al propietario *reivindicante* lo que legítimamente le reclama, oponiendo que debe hacerlo a quien se la entregó. El *accipiens* como poseedor está legitimado pasivamente para ser demandado por acción reivindicatoria. Por otra parte, no hay inconveniente para una aplicación analógica del artículo 1.771, párrafos 2.° y 3.°

tución se hará *in natura* como principio general. Si fuere dinero u otra cosa fungible, el *tantundem* cuando se pierde su individualidad en el patrimonio del *accipiens*.

El régimen legal de la restitución gira en torno a la buena o mala fe del que recibe indebidamente. Se interpreta generalmente que el *accipiens* de buena fe es aquel que ignora lo indebido del pago que se le hace. Es de mala fe, por el contrario, cuando conoce este carácter.

Sin embargo, para calificar a un *accipiens* como de buena o mala fe se hace necesario observar si su conducta se ajusta a una diligencia media (art. 1.104), es decir, si usando de ella podía haber detectado lo indebido del pago. Una respuesta positiva a esta indagación excluirá que sea tratado como *accipiens* de buena fe, o bien que su buena fe inicial se pierda. La prueba incumbirá al *solvens*, por el principio general de presunción de la buena fe en el actuar.

a) *«Accipiens» de mala fe.*—Partiendo de la obligación básica que sobre él pesa de restituir lo cobrado indebidamente, o el *tantundem* en su caso, el artículo 1.896 del Código civil se ocupa de otras obligaciones que se le imponen por razón de su conducta ilícita.

Si el pago de lo indebido consiste en capitales, debe intereses legales, y si fuere cosa fructífera, toda clase de frutos percibidos o debidos percibir. Teóricamente no se le permite ningún enriquecimiento (p. 1.º)[3].

¿Desde cuándo ha de abonarlos? Aunque el Código civil guarda silencio sobre este punto, el tiempo comenzará a contarse desde el cobro de lo indebido. En ese momento sabía ya el *accipiens* que cobraba indebidamente y estaba en el deber de restituir.

El *accipiens* de mala fe «responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido *por cualquier causa*, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó» (p. 2.º). La responsabilidad por menoscabos y caso fortuito se circunscriba al pago indebido de cosa cierta y determinada, pues en caso de que hubiere de restituirse el *tantundem* de lo recibido, es obvio que carece de sentido plantearse el problema: *genus nunquan perit*.

La responsabilidad por los perjuicios debe completarse con el artículo 1.107 del Código civil, respecto a la indemnización de daños y perjuicios a cargo del deudor de mala fe que incumple su obligación (aquí la de restituir). El *accipiens* responderá por ello de todos los perjuicios que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación de restituir.

La pérdida de cosa cierta y determinada transforma la obligación de restituir en la de dar el equivalente. ¿Pero qué equivalente?

[3] Decimos téoricamente, porque si el *solvens* entrega un dinero que le produce unos rendimientos al *accipiens* mediante su manejo, el Código civil no le condena a devolverlos a aquél. Se limita a los intereses legales, con toda seguridad inferiores.

Parece claro que el *solvens* tiene por lo menos derecho a reclamar el valor en el momento de la entrega, que es cuando entra en el patrimonio del *accipiens*, enriqueciéndolo indebidamente. Pero si desde entonces al tiempo del perecimiento alcanzó mayor valor, es éste el que debe entregarse, pues de lo contrario sufrirá un daño el *solvens* al no poderse beneficiar de él como consecuencia de no haber cumplido el *accipiens* su obligación de restitución en forma específica, y sabemos que el primero ha de ser resarcido de todos los perjuicios que se le irrogaren.

El problema de la indemnización de estos perjuicios adquiere una especial importancia cuando lo indebidamente cobrado fue una suma de dinero, debido a la devaluación. Este daño de la devaluación no es justo que sea soportado por el *solvens*, es un perjuicio que se produce hasta que recobra la suma del que tiene derecho a salir indemne, por lo que la restitución de una suma de dinero sería una deuda de valor. El *solvens* debe recibir las unidades monetarias que equivalgan en su poder adquisitivo al de las que entregó indebidamente[4].

Por último, respecto de los gastos y mejoras es considerado como poseedor de mala fe (art. 1.898; arts. 453 y sigs.).

b) *«Accipiens» de buena fe.*—El ámbito de las responsabilidades en que incurre es mucho menor, pues aparte de la obligación de restituir estrictamente lo que se le dio por el *solvens*, el artículo 1.897 sólo le fija una responsabilidad limitada por desmejoras o pérdidas de la cosa y de sus accesiones. Dice: «El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido de *cosa cierta y determinada*, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto *por ellas* se hubiere enriquecido».

Para su exacta comprensión ha de tenerse en cuenta que el *accipiens* se cree dueño de la cosa, y en esta situación no sería justo que corriese de su cargo la pérdida o daños por razón de su culpa o negligencia. Al seguir esta conducta, no tiene intención de perjudicar ningún derecho del *solvens*, desconoce el carácter indebido de *la datio*. De ahí también que no esté obligado a la restitución de los frutos, ni se le imponga la sanción de responder del caso fortuito.

Ahora bien, las desmejoras o pérdidas de la cosa y de sus accesiones por cualquier causa (hecho propio o caso fortuito) pueden haber originado un enriquecimiento del *accipiens*. Así, por ejemplo, por el siniestro ha recibido una indemnización, o por la condena de un tercero que ha causado los daños, o

[4] Claro está que si los intereses legales que debe pagar también el *accipiens* se han fijado altos por el legislador para cubrir los efectos de la devaluación, en lo posible, esta circunstancia aminorará la suma a entregar.

Sobre el daño de la devaluación, vid. las sentencias de 6 de mayo de 1988 y 3 de noviembre de 1988.

La sentencia de 1 de diciembre de 1980 considera un enriquecimiento injustificado que el acreedor devuelva en época de inflación el valor nominal de la deuda, sin ninguna corrección de un poder adquisitivo.

por la muerte del animal se ha quedado con su piel. Le obliga entonces el artículo 1.897 a su entrega al *solvens*. Fuera de este supuesto, la restitución de lo indebidamente pagado tendrá lugar con la puesta en posesión del *solvens* de la cosa en el estado en que se encuentra en este momento, con sus accesiones.

En relación con los gastos y mejoras es tratado como poseedor de buena fe (art. 1.898; arts. 453 y sigs.).

c) *Mala fe sobrevenida.*—Es claro que el *accipiens* de buena fe inicialmente puede llegar a perderla. Aplicando el artículo 435, cabe afirmar que ocurrirá desde el momento en que existan actos que acrediten que no ignora que posee la cosa entregada indebidamente.

Sobrevenida la mala fe, la situación jurídica del *accipiens* deja de regularse desde entonces por el artículo 1.897, y se adaptará al artículo 1.896.

IV. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DEL *SOLVENS* Y LOS ACTOS DE DISPOSICION DEL *ACCIPIENS*

El régimen jurídico de los actos de disposición del *accipiens* es incompleto en nuestro Código civil. Sólo se ocupa del de buena fe y por lo que atañe a las enajenaciones a título oneroso que haya realizado de cosa cierta y determinada. Silencia el tratamiento legal del de mala fe, y el de las enajenaciones a título gratuito.

Según el párrafo 2.° del artículo 1.897, el *accipiens* de buena fe enajenante «restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». No hay, por tanto, una subrogación por el *solvens* en su posición jurídica, sino una obligación de cederle el crédito que ostenta contra tercero por la enajenación. El *accipiens* queda, por ejemplo, en la posición de vendedor con todos los derechos y obligaciones. Se excepciona, naturalmente, el caso de que el adquirente consienta en la cesión del contrato al *solvens*.

La naturaleza *personal* de la acción de restitución contra el que cobra indebidamente no excusa de cuestionar si es posible que el *solvens* tenga también una acción reivindicatoria. En efecto, nuestro sistema exige que todo desplazamiento patrimonial se fundamente en una causa, que para las transmisiones que no obedezcan a la Ley o a la sucesión *mortis causa* no es otra que un contrato hábil para transmitir el dominio y derechos reales, seguido de la *traditio* o entrega (teoría del título y el modo; arts. 609 y 1.095 C.c.). Nos basta aquí con dejar apuntado el tema de si el párrafo 2.° del artículo 1.897 permite afirmar que el *accipiens* ha adquirido la propiedad y por eso no cabe más que una acción *personal* de restitución, o bien no la ha adquirido por no tener causa el desplazamiento patrimonial en su favor, conservándola el *solvens*. Se volverá sobre él por razones de sistemática cuando se estudien en el volumen III de este *Sistema* los derechos reales, al tratar a la *traditio*. Si se mantiene que al *solvens* le corresponde solamente una acción personal contra el *accipiens* para que cumpla su *obligación* de entrega, éste se ha hecho propietario y ha podido válidamente transmitirla a terceros. Si, por el contrario, el *solvens* sigue conservando la propiedad, los terceros no tienen una posición jurídicamente invulnerable. El *solvens* tiene una acción contra los que no están protegidos por la apariencia jurídica, dirigida a anular su título de adquisición porque el que le transmitió no era propietario, y a solicitar la restitución de las cosas. En este último caso, el artículo 1.897, párrafo 2.°, sólo será aplicable cuando haya un tercer adquirente del *accipiens* protegido (arts. 464 C.c. y 34 L.H.).

Sea cual fuere la opinión que se tenga sobre la cuestión anteriormente expuesta, si la enajenación ha sido a título gratuito, el donatario debe restituir por la debilidad de su título. En el conflicto de intereses entre el *solvens* y ese adquirente que no ha realizado sacrificio alguno para incrementar su patrimonio, debe posponerse este último.

¿Qué criterios han de seguir en la enajenación por el *accipiens* de mala fe? Desde luego, la posición del adquirente sigue siendo la misma que si aquél fuese de buena fe. Lo que variará tan sólo será el objeto de la restitución a cargo del mencionado *accipiens* cuando el *solvens* no vea prosperar su acción restitutoria por encontrarse ante un tercero protegido. Es claro que no debe jugar el artículo 1.897-2.°, pensado para la buena fe del enajenante.

Cabría mantener la tesis de la restitución del valor en el momento de la enajenación. Pero puede que se perjudique el *solvens* si ha disminuido desde su entrega. Si el *accipiens* está obligado a restituir desde el mismo momento en que recibe el pago indebidamente, y retrasa el cumplimiento hasta que le es exigido, la pérdida de valor le es imputable. Por tanto, una solución correcta sería la misma que vimos en materia de pérdida de la cosa por el *accipiens* de mala fe: entrega del mayor valor alcanzado desde su recepción a la enajenación.

V. EXCEPCION A LA OBLIGACION DE RESTITUIR

Dice el artículo 1.899: «Queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo la buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva.»

La exclusión del derecho a repetir del *solvens* frente al *accipiens* requiere:

1.° La existencia de un verdadero crédito (legítimo y subsistente) entre dicho *accipiens* y tercero.

2.° Creencia (buena fe) del *accipiens* de que el *solvens* pagaba el mismo. Tal creencia consiste en estimarlo como deudor o que pagaba por su verdadero deudor.

3.° Error del *solvens*, que paga por creerse deudor, y no con intención de hacerlo por otro, como le autoriza el artículo 1.158 del Código civil.

El fundamento de la exclusión de la restitución se halla en lo difícil que se le ha hecho al acreedor dirigirse contra su verdadero deudor por haber dejado prescribir el crédito, destruido las pruebas («inutilizado el título») o extinguido las garantías.

El *solvens* sólo puede dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores, dice el artículo 1.899. ¿Significa esto que el crédito del *accipiens* se ha extinguido? No parece darlo a entender el precepto, pues admite una acción contra los fiadores del deudor. Si su deuda se hubiese saldado por el pago del *solvens*, los fiadores quedarían libres, nunca responsables (art. 1.847).

Ello induce a afirmar que el *solvens* se subroga legalmente en la posición del *accipiens-acreedor*, pero teniendo en cuenta la debilidad de un crédito que puede quedar enervado por la excepción de prescripción, o porque el deudor discuta la deuda y no haya pruebas de su existencia, o porque las garantías desaparecidas no cubren su insolvencia, se hace necesario conceder al *solvens*, que ve frustrada la finalidad de la subrogación, una acción propia contra el tercero, basada en el enriquecimiento que experimenta su patrimonio al liberarse del pasivo que representaba la deuda cobrada por el *accipiens*, quien no está legitimado para dirigirse ya contra él. El *solvens* es árbitro para elegir entre estas dos posibilidades, e incluso puede ejercitarlas sucesivamente.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

BALLARÍN HERNÁNDEZ: *El cobro de lo indebido*, Madrid, 1985; LACRUZ BERDEJO: *El pago de lo indebido*, en «Libro homenaje a R. M. Roca Sastre», vol. 2, p. 501; GULLÓN BALLESTEROS: *Cobro de lo indebido*, en «Estudios Batlle Vázquez», 1978; MOISSET DE ESPAGNES: *Acción de repetición de lo pagado por error y sus efectos respecto a tercero*, en «Estudios Federico de Castro», vol. 2, 1976, p. 393; MOSCATI: *Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria*, R.C.D.I., 1980, p. 1.357; NÚÑEZ LAGOS: *Cobro de lo indebido*, en «Comentarios al Código civil», de M. Scaevola, t. 30, vol. 2; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *Pago de lo indebido*, en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1, p. 476, SANTOS BRIZ: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, EDERSA, 1984, t. 24.

V

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

42. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

I. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en contractual y aquiliana o extracontractual. La primera supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato. La aquiliana, por el contrario, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.

Nuestro Código civil diferencia claramente en el artículo 1.089 como fuente de obligaciones a los «actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», de la ley, contratos y cuasi contratos. Determina, además, que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rijan por las reglas del Código penal (art. 1.092), mientras que los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, lo habrán de ser por sus normas.

La separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia civil no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo; una acción y omisión culposa, aunque también dolosa, que daña a otro. Incluso el régimen jurídico de las primeras se aplica, según reiterada doctrina jurisprudencial, a las segundas de manera subsidiaria.

II. LOS CRITERIOS DOMINANTES EN LA ESTRUCTURACION DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Nuestro sistema en materia de responsabilidad extracontractual aparece dominado por la idea de culpa del agente productor del daño. Pieza fundamental del mismo es el artículo 1.902: «El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». De esta forma nuestro Código civil sigue fiel a las directrices imperantes en la época de la Codificación, que hacían descansar en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad.

Tiene razón probablemente Genoveva VINEY cuando subraya que los redactores de los Códigos civiles dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista, que obedecía a varios factores que no son

nada fáciles de esquematizar. Ante todo, se contemplaba un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales de la Europa de finales del siglo XVIII. Se trataba de un mundo en el que, aun cuando la primera revolución industrial se había producido ya, no se habían dejado sentir todavía (o por lo menos no se habían dejado sentir en profundidad) sus efectos. La actividad económica continuaba siendo en general de carácter agrícola, ganadera y artesanal. Las relaciones de Derecho privado eran generalmente interindividuales y se traban entre individuos muy concretos y determinados, no desconocidos como ahora. En los casos de producción de daños, es un litigio entre individuos concretos lo que hay que dirimir, que encuentra su vía de solución en una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima, lo cual se correspondía muy bien con la tradición del Derecho Intermedio, en la que no se puede ignorar la influencia de los canonistas y de la Iglesia católica. La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable, idea en la cual no está ausente el concepto cristiano de pecado. Se paga porque se ha pecado. Por ello, la autora citada subraya que toda la disciplina de la responsabilidad estaba destinada más a moralizar las conductas individuales que a asegurar a las víctimas la reparación de los perjuicios.

Socialmente, además, no era un problema la reparación de los perjuicios porque dada la estructura de las relaciones sociales, no complejas ni abundantes, y la intensidad de la actividad económica, también limitada, la imputabilidad de los daños resultaba por sí sola de manera inmediata, o la capacidad de investigación de las posibles causas no podía llegar muy lejos. Tampoco hay que olvidar que la conciencia social estaba habituada a un esquema de pensamiento teológico: se acostumbraba a ver por doquier la mano de Dios. Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable, está allí presente. Dios lo ha querido como castigo de los pecados o para poner a prueba a quien lo sufre. De donde deriva, por la misma razón, una evidente capacidad de resignación.

Por último, hay que destacar el estrecho paralelismo que hay entre la responsabilidad por culpa y el dogma de la autonomía de la voluntad. Es ésta la única capaz de crear aquella responsabilidad (por un actuar).

A) Crisis del sistema basado en la culpa y su superación

La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad llevó a la crisis del sistema legislativo cuando se produjo una mutación radical de los datos sobre los que se estructuró.

En efecto, el aumento de la población y el progreso de la llamada civilización técnica lleva como inevitable la multiplicación de máquinas, ingenios y artificios creadores de riesgos y de situaciones de peligro. No se podía seguir manteniendo un sistema que exigía de cada una de las víctimas la prueba de

la culpa del autor de la acción dañosa, pues en muchos casos era imposible ante la complejidad de los medios utilizados. ¿Es imaginable hoy que un pasajero herido en accidente de aviación pueda probar por sí solo las causas del mismo? Pues en el siglo pasado lo mismo ocurría respecto de los accidentes provocados por los ferrocarriles o por el utillaje de la industria.

Hay que anotar también en el declive de la doctrina de la culpa el distinto enfoque con que empieza a mirarse el problema de la responsabilidad. Ya no se quiere remontar a las causas de las acciones humanas, sino que la investigación se queda en sus resultados: la víctima debe ser indemnizada siempre. El daño, en suma, no es un acontecimiento excepcional que permite tratamientos individualizados, sino un problema social cuando son muchas las víctimas.

Los nuevos hechos y las nuevas exigencias que hemos expuesto no hallaban satisfacción en el sistema codificado. De ahí que, subsistiendo formalmente inalterado, se lleve a cabo por la jurisprudencia una interpretación de las normas que en el fondo supone un nuevo sistema. Se acude a los expedientes de las presunciones de responsabilidad, de la inversión de la carga de la prueba (que dispensa a la víctima de toda otra carga que no sea la de probar la realidad del daño corriendo a cargo del imputado la demostración de que su actuar fue diligente), o a apreciar culpa ante la más mínima negligencia, llegándose incluso a la declaración de responsabilidad por el hecho de haber ocurrido el daño, que prueba por sí mismo la existencia de aquella negligencia. Dentro de esta misma línea también se flexibiliza el requisito de la causalidad que debe existir entre el daño y el hecho productor del mismo. Se pasa de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada, y las infinitas matizaciones e interpretaciones de esta «adecuación» aparecen por doquier.

Un paso más es el que dan los sostenedores de las teorías objetivas, que preconizan la necesidad de indemnizar a quien haya sido víctima del riesgo creado por el causante del daño con su actuar, pues si se beneficia con ello también ha de pechar con las consecuencias dañosas. Nacida la teoría del riesgo para explicar fundamentalmente la obligación de indemnizar del patrón por el accidente de trabajo sufrido por el obrero, ha alcanzado una extraordinaria fortuna en los tiempos actuales merced a la aparición de instrumentos creadores de riesgos muy cualificados (utilización de energía nuclear, vehículos de motor, aviación, etc.), y pugna por abrirse paso en todos los campos.

Ahora bien, conviene anotar que cuando la legislación acoge el sistema de la responsabilidad sin culpa, paralelamente obliga al potencial responsable a estar asegurado contra las consecuencias de su actuar, lo que conduce a que por el fenómeno de traslación de los costos al precio del producto, las potenciales víctimas de los daños sean las que en realidad se aseguren la percepción de la indemnización de la entidad aseguradora, no del responsable. Por otra parte, la extraordinaria difusión de los seguros de responsabilidad civil hace que la jurisprudencia se muestre todavía más rigurosa con el agente productor del daño cuando el supuesto de hecho no está previsto legalmente como de responsabilidad objetiva. Tal difusión ha impuesto en la práctica un cambio en

la aplicación de la normativa jurídica de la responsabilidad civil, ha contribuido enormemente a una apreciación más flexible y benévola (para la víctima) de los requisitos que han de darse para que una acción u omisión dañosa genere el deber de indemnizar, porque en último término el que paga es el asegurador.

B) El paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva

Un segundo tema que ha sido puesto de relieve también por G. Viney es el paso de la responsabilidad personal a las responsabilidades colectivas. Por el momento lo que quiere decir es lo siguiente. En nuestros días, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables a un individuo aislado, sino a grupos a veces muy numerosos de individuos. Ello puede ocurrir de varios modos. El primero es porque el aislado individuo, en quien se materializa la causa inmediata, se encontraba sumido dentro de una organización y al servicio de ella. El fallo humano del que algunas veces se habla cuando se trata de discernir la causa de una catástrofe, ¿es el fallo del último eslabón de la cadena o es el fallo de toda la organización de que la cadena forma parte? Así aparece el problema de la imputación de los daños y el deber de resarcir de las empresas, que nuestro Código civil resuelve de una manera insatisfactoria en el artículo 1.903, lo que, como veremos en su momento, ha llevado a la jurisprudencia a la admisión de hecho de una responsabilidad objetiva del empresario.

La tendencia es la misma cuando se trata de personas jurídicas que no son en puridad empresarios. No es infrecuente que se declare el deber de indemnizar en razón de una mala organización o de un defectuoso funcionamiento del servicio, sin alusión al hecho individual que en algún lugar ha tenido efectivamente que existir. El sistema de responsabilidad de la Administración en el Derecho administrativo moderno es un perfecto ejemplo.

Al lado de los daños causados por las agrupaciones (empresas, personas jurídicas), aparece el de los daños que son productos de actividades colectivas, en las cuales, en una sociedad masificada, la identificación del actor se hace imposible. El fenómeno fue previsto por el B. G. B., en cuyo parágrafo 830, después de establecer que si varios han causado un daño por acto ilícito realizado en común, cada uno será responsable del daño, preceptúa que lo mismo se ha de aplicar si no se puede saber quién, entre varios participantes, ha causado el daño con su acto, y en esta línea se mueve sustancialmente la jurisprudencia de algunos países europeos. Se impone, pues, una responsabilidad grupal o colectiva, fuera de los esquemas de la responsabilidad individual que es la tradicional.

C) Conclusiones

Para entender la crisis hay que volver al punto de partida: la tensión entre la aspiración a una moralización de las conductas por la vía de una rigurosa y exigente responsabilidad y la del deber de reparar todos los daños posibles. La moralización de las conductas individuales parece una línea política sana hasta un cierto punto: procurar que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social caerá sobre él, pero la acentuación de ese rigor puede conducir a situaciones paralizantes, nadie se embarcará en actividades mínimamente azarosas si el riesgo que ha de recaer sobre sus espaldas absorbe o desplaza el beneficio previsible. El principio social es hoy el otro: reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola.

Ciertamente que este último principio cuenta con innegables ventajas sociales, siempre y cuando se traduzca en la práctica en la creación de un sistema que evite el riesgo posible de insolvencia ante tantas pretensiones de indemnización a que da origen la necesidad de reparación a ultranza de todo daño sufrido.

El sistema actual es el del seguro de responsabilidad civil, en el cual el asegurador asume el riesgo que para el patrimonio del asegurado supondría la obligación de indemnizar todo el daño que cause, y su significado más profundo es el de una colectivización de los riesgos: la colectividad de los participantes de una actividad que puede entrañar riesgo, contribuyen con las primas del seguro que han de concertar a sufragar los daños que alguno de ellos ocasione.

Sin embargo, el seguro no suprime la responsabilidad, no se puede prescindir de ella para articularlo. El asegurador responde porque el asegurado es un responsable civil. Además, con el seguro de responsabilidad civil únicamente quedan cubiertos los daños que se enlazan con la actividad creadora de riesgo cubierta por la póliza. Dicho de otra manera, es una vía de cobertura parcial que, para ser adecuadamente protectora, exigiría una multiplicación de los seguros obligatorios que cubriesen las múltiples actividades posibles, lo que no es factible.

Carbonnier se pregunta si no llegará el día en que la sociedad reparará todos los daños. De ser así, no sería el seguro quien pagase, sino el impuesto, y la responsabilidad civil acabaría disolviéndose a fuerza de hipertrofiarse. El Derecho dejaría entonces de esforzarse por vincular a un acto humano el deber de indemnizar y pondría el acento en el mecanismo reparador. Sin embargo, de algún modo siempre habrá que decidir si, pagada la indemnización por la entidad pública, debe existir o no la vía de regreso contra el responsable.

En cualquier caso es claro que, en un tratamiento actual de la responsabilidad, no pueden dejarse en la penumbra las transformaciones que en el régimen jurídico de la misma han introducido el sistema de los seguros de cualquier naturaleza y clase. A primera vista parece que no modifica el mecanismo de la responsabilidad civil, pero como ha señalado también G. Viney, en fun-

ción de la extensión que han experimentado los seguros, se ha ido realizando de manera progresiva una deformación de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil. Quizá no fuera aventurado establecer que la sucesiva desaparición de los requisitos de antijuridicidad del hecho u omisión o de la culpa se producen sobre todo en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro o en aquellos otros en que, aunque no exista el seguro, debería éste haber existido en virtud de una obligación *ex lege* o, incluso, si se quiere, de un deber de normal previsión. Si existe el seguro, en puridad la figura del responsable tiende a diluirse. Y tiende a diluirse porque ya no es al agente al que se conceptúa como deudor de la reparación, sino al asegurador por la vía del seguro. De esta manera han aparecido todos los problemas de las subrogaciones de los aseguradores en la posición de los asegurados contra el responsable, y ha ocurrido también que una gran parte de los conflictos nacidos de la responsabilidad civil se ventila entre los aseguradores. Y que al lado del Derecho legal y del Derecho jurisprudencial hay que hablar y que estudiar un Derecho nacido en la práctica de los arreglos extrajudiciales.

Toda la profunda transformación del sistema tradicional se va traduciendo en realidades legislativas que tienden a la inmediata indemnización de la víctima por medio del seguro (cuya suscripción se declara obligatoria en determinadas actividades) en caso de muerte o lesiones corporales, abriéndose camino también la indemnización de daños meramente patrimoniales, pero hasta un límite tasado en todo caso. Más allá de ese límite, el sistema legal deja actuar a lo que pudiéramos llamar los principios tradicionales, y ocurre que de nuevo vuelve a aparecer en posición central el contrato de seguro para atender la necesidad de reparación, y la jurisprudencia, influida por aquella legislación y por la extraordinaria difusión de los seguros voluntarios, aplica de hecho sus criterios con diversos expedientes técnicos a supuestos distintos de los previstos en ella, como no podía ser menos en unas relaciones sociales dominadas por el principio de la reparación del daño sin preocuparse debidamente de sus causas.

III. El CONCURSO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Cuando entre dos personas media una relación jurídica contractual [1], producido un daño por una parte a la otra interviniendo culpa o negligencia, puede suceder que ese mismo resultado dañoso sea susceptible de considerarse como una infracción contractual, que generaría responsabilidad de este tipo, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en tanto hubiera producido la obligación de reparar como consecuencia del incumplimiento del *neminem laedere*. Así, por ejemplo, el arrendatario de un local que, faltando a su deber contractual de custodia de la cosa arrendada, origina un incendio que la destruye (S. de 19 de junio de 1984). El problema se plantea por la diversidad de regímenes jurídicos de aquellas responsabilidades, aunque haya una tendencia a la unificación en lo posible, generada porque tienen una finalidad común: la resarcitoria de unos daños. Pero hay aspectos que los separan. Por citar dos de los más importantes, señalemos el diferente plazo de prescripción de las acciones (quince años en la responsabilidad contractual, art. 1964; un año en la extracontractual, art. 1968), o el mayor rigorismo en la apreciación de la culpa en la extracontractual, incluso presumiéndose en el demandado.

Las soluciones doctrinales, reflejadas en la jurisprudencia [2], han sido variadas.

Un sector de autores es partidario de dar opción al dañado para optar entre una u otra responsabilidad, si bien pueden ejercitarse de forma alternativa o subsidiaria según algunos.

Otros entienden que la ley del contrato desplaza necesariamente a la responsabilidad extracontractual.

Otra tesis se construye bajo el presupuesto de que hay una única pretensión de resarcimiento fundada en un evento único dañoso, lo que origina una concurrencia de normas en la que puede sustentarse aquella pretensión. Es el juzgador el único competente para la elección de la norma aplicable, en virtud del principio *iura novit curia,* sin que, por lo tanto, le vinculen los fundamentos de derecho que el actor alegue en defensa de su posición.

IV. LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil puede tipificarse con arreglo a diferentes circunstancias:

a) En primer lugar hay que distinguir una responsabilidad subjetiva y una responsabilidad objetiva. La responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la culpa. Es objetiva, por el contrario, la responsabilidad cuando se produce con independencia de toda culpa.

b) La responsabilidad puede ser directa o indirecta. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, y es siempre una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce si se obliga al resarci-

[1] Aunque puede tener otra fuente distinta del contrato (Ss. de 26 de enero de 1984 y 16 de mayo de 1985).

[2] Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 4 (enero-marzo 1984), p. 1.257; n.º 5 (abril-agosto 1984), p. 1.645; n.º 6 (septiembre-diciembre 1984), p. 1.869. En ellos se hace exhaustivo y profundo análisis jurisprudencial del tema.

miento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, y es por hechos ajenos.

c) Se puede diferenciar entre una responsabilidad principal y otra subsidiaria. Esta distinción se funda en el modo como se escalonan el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables. La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. La responsabilidad es subsidiaria cuando el deber impuesto al que es responsable principal no existe o no se cumple o no se puede cumplir.

V. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Para que exista responsabilidad civil será necesario que concurran los requisitos siguientes:

1.° Un comportamiento. El Código dice «acción u omisión» (art. 1.902). Al examinar el comportamiento como punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil, será menester ver en qué medida debe ser considerado como una «falta» o como un «acto ilícito».

2.° La acción u omisión debe haber producido un daño.

3.° Existencia, además, de una relación o nexo causal entre el comportamiento y el daño.

4.° Todavía cabe señalar que, junto a las tres exigencias legales apuntadas en los apartados anteriores, para que se produzca responsabilidad civil es preciso que exista un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. El criterio normal de imputación es la culpabilidad, si bien la ley admite otros posibles criterios de imputación.

VI. EL COMPORTAMIENTO Y SU CONSIDERACION COMO ACTO ILICITO

El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva *(facere)* o en una acción negativa, omisión o abstención *(non facere)*.

Debemos, sin embargo, preguntarnos si para que esta acción o esta omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidad es preciso que pueda ser calificada como ilícita o antijurídica.

En materia de responsabilidad contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez. Preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Puede ser una completa falta de ejecución de aquello que es debido, la ejecución de una prestación defectuosa o la infracción de un especial deber de conducta. En todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento de la propia obligación que sanciona.

En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, nuestro Código civil, siguiendo fielmente al francés, no exige este requisito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. La doctrina y jurisprudencia destacan, sin embargo, el carácter antijurídico que debe tener el acto, aunque en la órbita no penal su concepto es necesariamente más genérico, menos perfilado y concreto.

En efecto, en el Derecho penal las conductas sancionadas están plenamente tipificadas en la ley. Pero fuera de él es imposible encontrar una serie de normas que minuciosamente obliguen a una conducta para no causar daño a tercero, o, si se quiere, que puntualicen cómo hemos de comportarnos con los demás. Sería una tarea prácticamente imposible, y de ahí que el Derecho nunca puede llegar a la certeza en el campo de la responsabilidad extracontractual. Así, pues, lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta (p. ej., la empresa suministradora de energía eléctrica ha de cumplir las disposiciones sobre la protección de los cables que la transportan para evitar daños), sino también en la contravención del principio *alterum non laedere,* que es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Por ello es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause un daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo (abuso del Derecho: art. 7.° C.c.).

En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 25.1 de la Constitución (en virtud del cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento) «no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta» (S. 73/1982, de 2 diciembre, Sala 2.ª).

VII. EL DAÑO

Otro de los presupuestos necesarios para que surja la obligación de reparar es la producción de un daño. Nuestro Código civil no añade ninguna particularidad que deba reunir para que sea resarcible. De la jurisprudencia puede

deducirse que toda agresión a un interés legítimo es susceptible de originarlo, no sólo el ataque a bienes y derechos subjetivos [3].

Con carácter general puede afirmarse, de acuerdo con la práctica jurisprudencial, que han de resarcirse los *daños patrimoniales y morales,* según que el perjudicado los sufra en su patrimonio o en su persona, respectivamente.

El daño debe ser cierto, realmente existente, lo que excluye los puramente hipotéticos o eventuales, pues pueden producirse o no [4].

El daño indemnizable o reparable no sólo puede ser actual sino futuro, cuando surgirá con posterioridad según racional certidumbre. Por ejemplo, de una lesión corporal se diagnostica que en un tiempo por venir nacerán secuelas que habrán de ser corregidas. Y aquí los Tribunales suelen dejar abierta la ejecución de sentencia, en lugar de fijar como indemnización una cantidad determinada; se condena al responsable al pago de cuantos gastos de curación se hayan irrogado o puedan irrogarse, lo que indudablemente lleva a ejecuciones continuas de la misma sentencia.

También cabe que ante la aparición de nuevos daños o agravación de los ya reconocidos en la sentencia condenatoria, se accione nuevamente en demanda de reparación (Ss. de 19 de febrero de 1973 y 25 de marzo de 1976). Incluso se admite la nulidad de la transacción acerca del importe de la indemnización por error (S. de 27 de mayo de 1982).

A) Daño patrimonial

La lesión de la propiedad o de cualquier otro derecho de naturaleza patrimonial debe ser reparada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido que los derechos de crédito pueden ser lesionados por terceros cuando cooperan con el deudor al incumplimiento, a la falta de satisfacción del interés del acreedor, siempre y cuando conozcan el derecho de éste y, no obstante, no lo respeten. Así, cuando el deudor está ligado por un pacto de exclusiva que le obliga a realizar una prestación solamente en favor del acreedor y no de cualquier otra persona. El tercero que contrate con aquél, conociendo la exclusiva, para recibir él también la misma prestación, incurre en responsabilidad extracontractual (Ss. de 23 de marzo de 1921 y 29 de octubre de 1955).

El daño patrimonial se clasifica, como en materia contractual, en daño emergente y lucro cesante (vid. art. 1.106, aplicable a la responsabilidad extracontractual según las sentencias de 22 de octubre de 1932, 2 de diciembre de 1946 y 23 de marzo de 1954).

[3] Con referencia a la doctrina del abuso del derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que quien se excede en el ejercicio del propio derecho, entrando así en el terreno del *neminen laedere,* lesione un «interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica», «un interés que no goza de protección jurídica», «un interés no tutelado legalmente» (Ss. de 14 de febrero de 1944; 30 de junio de 1970; 1 de febrero de 1972; 9 de febrero de 1973).

[4] En la doctrina francesa se ha discutido el problema del daño eventual en relación con la pérdida de una *chance.* El ejemplo típico es el del caballo de carreras que por su demora en el traslado no llega a tiempo para participar en una competición con importantes premios. La jurisprudencia tiende en la actualidad a conceder indemnización según el grado de probabilidad que la *chance* poseía.

B) Daño moral

Bajo la denominación de «daño moral» se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio. Una difamación a un profesional, por ejemplo, aparte de lesionar su honra, puede repercutir en una pérdida de clientela.

La jurisprudencia española ha reconocido reiteradamente la obligación de reparar daños morales en sí mismos considerados, superando una fase en que exigió que tuviera una trascendencia en el patrimonio de la persona. Legislativamente la cuestión también está decidida así. La Ley de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los supuestos de intromisiones o agresiones ilegítimas obliga a indemnizar el perjuicio, que se presumirá siempre que aquéllas se den. El apartado 3 del artículo 9.° dice además: «La indemnización *se extenderá* al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...».

La jurisprudencia muestra una tendencia sumamente expansiva en la apreciación de estos daños inferidos a la persona, pues acoge la necesidad de indemnizar la lesión de los sentimientos de afecto familiar o de los nacidos de una estrecha amistad en caso de muerte (Ss. de 17 de febrero de 1956 y 25 de febrero de 1963 para el primer caso; S. de 26 de enero de 1972 para el segundo); los dolores físicos ocasionados por lesiones (Ss. de 17 de febrero de 1956 y 28 de febrero de 1964); la fama y consideración social (S. de 21 de enero de 1957).

La estimación del daño moral es discrecional del juzgador. Sin embargo, para los ataques al honor, intimidad e imagen, la precitada Ley de 1982 señala estos criterios: las circunstancias del daño; la gravedad de la lesión; difusión o audiencia del medio en que se haya producido; beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (art. 9.°3). Tales criterios pueden ser tenidos en cuenta, en lo posible, en las lesiones a otros bienes y derechos de la persona.

La indemnización del daño moral no es incompatible con la de los perjuicios materiales (p. ej., un ataque al bien de la integridad física impide a la víctima ganar dinero con su trabajo). No se concede por un mismo hecho una

doble indemnización, sino una sola de mayor entidad (S. de 9 de diciembre de 1949).

C) Consideración especial del daño por causa de privación de la vida

Cuando la conducta calificada de ilícito civil dé como resultado la muerte de una persona, ¿puede estimarse que es un daño que se causa a la misma y, en consecuencia, sus herederos están legitimados para pedir la reparación?

Creemos que la pérdida de la vida por culpa o negligencia ajena es un daño que se infiere a la persona misma, consistente en acortársela, en lo prematuro de la defunción. De la misma forma —dice De Castro— que en el seguro para caso de muerte la persona se asegura del riesgo que supone la pérdida prematura de su propia vida, puede pensarse que la responsabilidad civil del que dolosa, culposa o negligentemente causó daño a otro es una especie de garantía o seguro legal a cargo de cada persona (por el riesgo que su conducta supone) en favor de todos los demás; el beneficiario tiene así cubierto (en lo posible) el riesgo de perder la vida por la conducta ajena.

El razonamiento frecuentemente alegado para negar toda indemnización a la víctima es el siguiente: el derecho a la indemnización nace con el daño y se adquiere en el momento de inferirse; si el daño es el morir, nace cuando la persona dejó ya de existir y no puede, por tanto, adquirir nada porque carece de capacidad jurídica. Sin embargo, para suavizar los efectos prácticos de esta tesis, la doctrina reconoce que es válida en caso de muerte instantánea, no cuando la víctima sobrevive algún tiempo a la herida mortal. Pero como ha observado certeramente De Castro, esta es una argumentación sofística; el daño se produce a la persona *que vive,* a ella se le *quita* la vida o se le *da* muerte. No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima, y la muerte sobrevenida manifiesta su carácter y su alcance (consecuencia). Por otra parte, se anota que media siempre, por incontrovertibles razones fisiológicas, un mínimo intervalo entre el golpe sufrido y la muerte, suficiente para que antes de la muerte se haya adquirido por el patrimonio de la víctima el derecho al resarcimiento (Cariota Ferrara, Montiel, De Cupis, Carnelutti, Coviello).

La cuestión planteada se resuelve de una manera clara y terminante en favor del derecho al resarcimiento de la propia víctima, que se integra en su patrimonio y pasa por tanto a sus herederos, en el Código penal. En efecto, cuando la muerte es el resultado de un ilícito penal la responsabilidad civil que nace del mismo se transmite a los herederos del responsable, lo mismo que se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva (art. 105), lo que prueba que se integraba en su patrimonio porque él la había adquirido.

En cambio, la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha mantenido una doctrina totalmente contraria, basada en el argumento de la falta de acción de la víctima que antes se ha rechazado. No hay transmisión a los herederos, salvo de la acción para reclamar perjuicios materiales irrogados al patrimonio del fallecido (p. ej., gastos de sanatorio, medicinas, entierro, pérdidas económicas por no trabajar, etc.). En cambio, legitima a los más próximos parientes de la víctima e incluso a amigos íntimos para reclamar *iure proprio* indemnización por los daños morales y materiales que experimentan por la muerte de un ser querido, y por la desaparición de los auxilios y alimentos que él les prestaba o podía prestarles en el futuro (Ss. de 20 de diciembre de 1930, 8 de abril de 1936, 8 de enero de 1946, 27 de abril de 1953, 17 de febrero de 1956, 9 de junio de 1969, 26 de enero de 1972, 1 de julio de 1982 y 4 de mayo de 1983)[5].

D) Prueba del daño

Es jurisprudencia constante que no basta con alegar la realización de un acto u omisión culpable, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio, a cargo del perjudicado, así como la de la extensión y alcance de daño (S. de 19 de septiembre de 1986). Hay que observar, sin embargo, que en materia de daños causados por la muerte de una persona, la jurisprudencia muestra una gran laxitud en su apreciación, pues no exige la prueba cumplida de los perjuicios materiales ocasionados a los más próximos parientes.

VIII. LA RELACION DE CAUSALIDAD

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.902, el daño ha de ser *causado* por determinados comportamientos humanos. Dice que el que «*causa* daño a otro» está obligado a reparar «el daño causado». En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mantenido de modo constante la tesis de que la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño constituye un requisito necesario para que se origine la responsabilidad.

El problema que se plantea en esta materia es muy complejo pese a su for-

[5] Hay que hacer la advertencia de que no está muy claro si esta doctrina de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se aplica en el supuesto de muerte instantánea, o en todos los casos.

La Ley de de 6 de octubre de 1980, que regula el contrato de seguro, al tratar del de responsabilidad civil, legitima en el artículo 73 «al perjudicado o *a sus herederos*» para reclamar del asegurador la correspondiente indemnización de modo directo. Emplea los mismos términos («perjudicado», «herederos») del artículo 105 del Código penal y sabemos que en este ordenamiento es pacífico el tema de la transmisión a los herederos de la acción que tenía el perjudicado para reclamar por el hecho que originó su muerte. ¿Supondrá ello un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Sala 1.ª T.S.?

mulación simple. Decía STUART MILL que todo fenómeno que se verifica en un determinado momento, y del cual se busca la causa, no está precedido de un solo antecedente sino de varios.

> Unos ejemplos extraídos de la jurisprudencia aclararán algo la cuestión. Tomemos los de las sentencias de 22 de febrero de 1946 y 30 de diciembre de 1981.
>
> En la primera de ellas, los causahabientes de unos trabajadores demandan a la fábrica donde aquéllos estaban prestando sus servicios como consecuencia de su muerte, ocurrida por la explosión de un polvorín cercano a la misma en un domingo, día en que, pese a la ley que estableció el descanso dominical, se encontraban en la fábrica. Tenemos que esta fábrica estaba cerca de un polvorín; la explosión del mismo; la infracción de la ley: ¿Cuál de estos antecedentes del hecho es el que puede estimarse como causa?
>
> En la sentencia de 30 de diciembre de 1981, el supuesto de hecho litigioso fue el siguiente: en una parcela de una urbanización sobrevolaba un tendido eléctrico de alta tensión, propiedad de X; bajo este tendido se construyó un chalet; al partirse uno de los puntos de apoyo del tendido, X, a través de un operario, procede a clavar no un nuevo poste sino lo que quedaba del partido, lo que redujo la altura del cable que sobrevolaba el chalet; en esa situación el propietario del mismo sube a la azotea para reparar la antena de televisión, tocando el cable con su espalda, lo que le ocasiona la muerte.

A) LA CONCURRENCIA DE CAUSAS

Si, como señalábamos en el apartado anterior, todo hecho no está precedido por un solo antecedente sino por varios, es preciso decidir cuál de ellos reviste o merece el papel de causa Para resolver esta cuestión se han formulado en la doctrina diferentes construcciones teóricas en el campo del Derecho penal, limitándose la doctrina civil a recibirlas y a aplicarlas al de la responsabilidad de esta índole.

A grandes rasgos, las múltiples teorías formuladas pueden diferenciarse en dos grupos. El primero de ellos está regido por el principio de que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes que pueden confluir en el resultado dañoso, todos tendrán el rango de concausas, siempre que se cumpla el siguiente postulado: un hecho es causa de otro cuando si hubiera faltado el antecedente no se hubiera producido el resultado (teoría de la equivalencia o de la condición *sine qua non*).

Otro grupo está constituido por las teorías que destacan dentro del conjunto de antecedentes uno o varios de ellos para conceptuarlos como causa del resultado, evitando así la amplitud que tendría la responsabilidad con la teoría de equivalencia. Las posiciones de los autores varían, sin embargo, cuando se trata de establecer un criterio con arreglo al cual ha de procederse a aquella selección. Un sector sigue el de la adecuación (teoría de la causa adecuada), estimando como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase. Otra dirección entiende que el hecho más próximo

al daño debe ser su causa (teoría de la causa próxima) y, en fin, se mantiene también que el hecho más eficiente es el decisivo (teoría de la causa eficiente), aunque las opiniones sobre la eficiencia son discrepantes, pues o bien se detecta en el hecho más activo (BIRKMEYER), o en el que tiene en sí mismo la fuerza determinante para producir el daño tal y como se ha dado (KOHLER).

La posición del Tribunal Supremo es favorable al arbitrio judicial, que ha de establecer el nexo causal inspirándose en la valoración de las condiciones o circunstancias que el *buen sentido* señale en cada caso como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos (Ss. de 25 de enero de 1933, 11 de julio de 1941, 22 de octubre de 1948, 15 de abril de 1964 y 30 de diciembre de 1981). Afortunadamente, esta discrecionalidad se encuentra muy atenuada por otra doctrina jurisprudencial, según la cual «no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas, respectivamente, como mediata o inmediatamente originadoras del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo (Ss. de 18 de octubre de 1979, 22 de abril, 4 de junio de 1980 y 23 de septiembre de 1988).

> El nexo causal puede ser llevado al recurso de casación, respetando la apreciación hecha por la sentencia recurrida sobre la existencia de la acción u omisión. El Tribunal Supremo puede enjuiciar si es bastante o suficiente, total o parcial, debido a una sola causa o concurrente con otras (Ss. de 17 de enero de 1968, 19 de junio de 1980 y 10 de marzo de 1987).

B) CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual juegan tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, lo mismo que en la responsabilidad contractual, por lo que aquí nos debemos remitir a los conceptos expuestos al tratar del incumplimiento de las obligaciones, ya que liberan al agente de la obligación de indemnizar.

No obstante, en la responsabilidad extracontractual cabe anotar la particularidad de que cuando es objetiva, precindiéndose de la culpa del agente, la única circunstancia que excluye aquella responsabilidad es la fuerza mayor. Así lo vemos en los artículos 1.905 y 1.908.3.° del Código civil, y en la legislación que acoge específicamente el principio de responsabilidad objetiva para la reparación del daño causado en el ejercicio de determinadas actividades, que estudiaremos posteriormente. De esta legislación se obtiene que la fuerza mayor es un acontecimiento externo al círculo de actuación del agente, que reúne las notas de imprevisibilidad o de inevitabilidad. De ahí que el cazador no pueda alegar para eximirse de responsabilidad la rotura o fallo de su escopeta, ni el conductor del automóvil el fallo de su mecanismo, ni el explotador de

energía nuclear el fallo de la instalación. Son acontecimientos que ocurren dentro de su círculo de actuación.

Problema arduo se presenta cuando el caso fortuito o fuerza mayor concurre con una conducta del agente que merece reproche de culpabilidad. Creemos que entonces debe examinarse si aquel caso o fuerza hubiera producido el mismo resultado dañoso sin la conducta del mismo, y si la contestación es afirmativa, quedará liberado éste de toda responsabilidad, igual que si el daño es ocasionado por la nueva causa, aunque la conducta del agente pudiera haberlo producido si no se hubiera interrumpido la relación de causalidad.

> En cuanto a la primera cuestión, la solución afirmativa se apoya en una aplicación analógica del artículo 1.896, párrafo 2.°. El que acepta un pago de cosa que no se le debe ha de restituirla. Pero si se destruye por caso fortuito antes de la devolución, queda liberado de responsabilidad cuando lo mismo hubiera sucedido si la cosa hubiere permanecido en poder del que la entregó aunque el *accipiens* sea de mala fe.
>
> En cuanto a la segunda, era la solución justa del Derecho Romano. En D. 9.2.15.1. se contempla el caso del esclavo herido mortalmente, pero que muere por causa de naufragio, ruina del edificio u otra causa, y no se hace responsable entonces al autor de la agresión.

Si el caso o la fuerza viene a agravar el resultado de la conducta del agente, deben ser tratados como concausas y éste no ha de responder de todo, sino de la parte que le corresponde, lo que en la práctica se traducirá en una moderación del *quantum* indemnizatorio.

C) La culpa del perjudicado

En la práctica es frecuente que en la producción de un daño haya intervenido una acción u omisión culposa de la propia víctima. ¿Subsiste entonces el deber de reparar o desaparece?

Si hay exclusivamente culpa del perjudicado, la responsabilidad del agente no existe obviamente porque concurre un actuar no culposo o diligente suyo con un actuar culposo de la víctima. En cambio, el problema se plantea cuando ambas conductas son culposas, ambas llevan al resultado dañoso. Son concausas siempre que cualquiera de ellas prepare, condicione o complete la acción de la causa última.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de reparar del agente debe verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en el artículo 1.103 del Código civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la culpa. A la misma conclusión se podría llegar partiendo de los postulados de la doctrina jurisprudencial expuesta anteriormente acerca de la concurrencia de varias causas en la producción del daño, ya que aquí nos encontramos

ante un supuesto claro de aplicación, lo que permite una distribución proporcional del daño.

No obstante, cuando la culpa del perjudicado o del agente se ofrece con muy acusados relieves o intensidad, puede absorber a toda otra concurrente (Ss. de 18 de enero de 1936 y 18 de marzo de 1982).

D) Intervención de tercero

El nexo causal se interrumpe, con la consiguiente irresponsabilidad, en los supuestos de intervención de tercero dolosa o culposa, siempre que no venga determinada tal intervención por la del agente inicial, es decir, que sea libre y espontánea (S. de 11 de marzo de 1988).

IX. LOS CRITERIOS LEGALES DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD

A) La culpa. Superación del sistema culpabilístico. La presunción de inocencia

Sabemos que el artículo 1.902 requiere no sólo que la acción u omisión humana cause un daño, sino que en aquélla intervenga «culpa o negligencia» para que nazca la obligación de reparar. En 1889, el legislador seguía fiel a la doctrina clásica de la responsabilidad por culpa, si bien, como veremos en el capítulo siguiente, admite una responsabilidad objetiva (vid. art. 1.905), o establece una presunción de culpa en el agente (vid. art. 1.903, párrafo último) en determinados supuestos. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando sin cesar en esta materia, tanto por influencia de las leyes que establecen un sistema de responsabilidad objetiva en los supuestos que contemplan (v. gr., uso de energía nuclear, accidentes de circulación, ejercicio de la caza, navegación aérea), que forman un ambiente contrario a la imputación de la responsabilidad del agente sólo si éste obra con culpa para los demás casos en que no se crean riesgos tan cualificados, como por influjo de las tendencias doctrinales europeas que tuvieron inmediata repercusión en nuestra Patria, favorables a la indemnización de la víctima, y así, el Tribunal Supremo no ha podido por menos de reconocer que nuestro sistema de responsabilidad se asienta en la culpa, pero cuando no se puede aplicar el principio de la responsabilidad objetiva (porque el evento dañoso no encaja en los supuestos legalmente prevenidos), invierte la carga de la prueba. En lugar de ser la víctima la que haya de probar que el agente obró con culpa, parte de entrada con una presunción de culpa en ese obrar, y le corresponde a aquél la carga de probar que obró con toda diligencia debida (Ss. de 5 de diciembre de 1979, 18 de marzo de 1982 —que, citando otras sentencias, afirma ser esa «la constante doc-

trina de este Tribunal»—, 16 de mayo de 1983 y 8 de octubre de 1988). Si se tiene en cuenta lo difícil que resulta en la práctica llegar a desvirtuar totalmente aquella presunción de culpa, no admitiendo siquiera el Tribunal Supremo como prueba a este fin que el agente ha cumplido en su acción u omisión todos los preceptos que reglamentariamente se imponen para evitar daños cuanto éste ocurre, porque estima que demuestra que «faltó algo por prevenir, no hallándose por consecuencia, completa la diligencia» (S. de 22 de diciembre de 1986 y las que cita), no parece aventurado afirmar que la culpa como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión.

Se ha suscitado la cuestión de que hasta dónde afecta el derecho fundamental de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, a la doctrina sobre la responsabilidad civil que acabamos de exponer. El Tribunal Constitucional ha dicho que aquella presunción no puede entenderse reducida al campo penal, «sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativos de sus derechos» (S. 36/1985, de 8 de marzo). Basada en esta doctrina, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1985 advierte que en el campo de la responsabilidad civil no estamos ante un derecho sancionador ni limitativo de los derechos de las personas, sino ante una obligación de reparar impuesta al causante de un daño, además de que la prueba en el proceso puede ser efectuada por medio de presunciones. La cuestión es discutible y queda abierta, pues parece que entre esas presunciones no puede contar, por definición, la de culpa del agente. Otra cosa es que su culpa se deduzca a través de otras (actuar en determinadas condiciones, etc.).

¿Qué es la culpa? El artículo 1.104, precepto aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (Ss. de 2 de diciembre de 1946 y 8 de julio de 1972), define en su párrafo 1.° la culpa o negligencia como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar». Sus notas definitorias han de buscarse por vía negativa, en el artículo 1.105. Si «fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», es verdad que se responde de los sucesos previsibles y evitables. La diligencia obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado, previo un juicio de su previsibilidad. Es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar, o previendo no ha tomado las medidas adecuadas para evitar el suceso.

Ahora bien, como dice la sentencia de 9 de noviembre de 1949, «siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que, aun-

que no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparables a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos».

La aplicación del artículo 1.104 al campo de la responsabilidad extracontractual origina que la conducta del agente ha de ser confrontada con una figura tipo o patrón. En efecto, el párrafo 2.° de dicho precepto dice que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a *buen padre de familia*». Este es el tipo, la figura del buen padre de familia. Ha de medirse, en otras palabras, la diligencia que ha de desplegarse por la que utilizaría el hombre normal o medio, y de ahí que la culpa del artículo 1.902 sea una culpa *in abstracto* u objetiva (S. de 10 de julio de 1981). Sin embargo, la jurisprudencia exige en la práctica para liberar de responsabilidad al agente la prueba de una diligencia completa. (S. de 16 de diciembre de 1986).

Un subtipo de culpa es la impericia, que podemos definirla como la falta de aquellos conocimientos necesarios para el ejercicio de una profesión, arte u oficio, o bien como no el practicar los actos o técnicas que el caso requiera.

> En la sentencia de 22 de febrero de 1978 no se da lugar a la demanda de responsabilidad por la muerte de un bañista en una piscina pública, porque los socorristas que lo atendieron «aplicaron las técnicas *conocidas* del socorrismo».

B) El dolo

La opinión común es que en el artículo 1.902 también se comprende el daño causado a otro por dolo, no sólo por culpa o negligencia, en los supuestos, más bien excepcionales, en que no se esté ante una responsabilidad penal por delito o falta.

Si la culpa es el no prever o no evitar lo que pudo y debió preverse, el dolo consiste en no evitar el daño que se previó. El agente actúa con dolo si es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias para evitarlo, queriendo por ese sólo hecho los daños. Es doctrina jurisprudencial que deben entenderse dolosamente queridos los resultados «que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción» (Ss. de 9 de marzo de 1962, 27 de abril y 19 de mayo de 1973).

C) Los criterios legales de imputación de la responsabilidad distintos de la culpa

La culpa no es un presupuesto absolutamente necesario para que nazca la obligación de indemnizar. Aunque la responsabilidad civil es legalmente una responsabilidad subjetiva o una responsabilidad fundada en la culpa, el moderno Derecho de daños admite hipótesis en que la responsabilidad está fundada en supuestos de naturaleza diferentes.

Los criterios legales de imputación de la responsabilidad diferentes de la culpa son sustancialmente dos:

a) En primer lugar, la idea de «riesgo». Se entiende que la creación de una situación de peligro, de la cual además se beneficia quien la crea y se lucra con ella, impone la necesidad de pechar con las desventajas que de la misma deriven *(ubi commodum ibi incommodum)*. Si por consecuencia de la dinámica del riesgo alguien sufre un daño, el creador del riesgo debe indemnizarlo (S. de 16 de febrero de 1988).

b) En segundo lugar, existe una atribución automática o ex lege de la responsabilidad. En algunos casos, sobre todo por razones de política social y de política general, el ordenamiento jurídico impone una responsabilidad de tipo objetivo. Basta haber producido el daño para tener que indemnizarlo (v. gr., daños ocurridos en la navegación aérea).

X. LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD

En materia penal, las leyes establecen una serie de circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal (cfr. art. 8.° del Código penal). ¿Se aplican también estas circunstancias en materia de responsabilidad civil? ¿Hay en materia de responsabilidad civil circunstancias que eximan de la obligación de indemnizar? En principio, el problema puede plantearse en cuatro supuestos: la legítima defensa, el estado de necesidad, la culpa del perjudicado y el caso fortuito. Respecto a estas dos últimas hipótesis nos remitimos a lo expuesto sobre ellas al tratar el nexo causal.

A) La legítima defensa

La figura de la legítima defensa se encuentra configurada en el Código penal. El artículo 8.° declara exento de responsabilidad penal al que obra en defensa de su persona o derechos o en defensa de la persona y derechos ajenos, siempre que la agresión sufrida sea ilegítima, y concurran las circunstancias presuntas en el número 4.° de dicho precepto. La actuación en legítima defensa exonera de responsabilidad penal. Ahora bien, ¿ocurre lo mismo con la responsabilidad civil? Según el artículo 20 del Código penal, «la exclusión de responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 7 y 10 del artículo 8.°, no comprende la de la responsabilidad civil». *A contrario* debe entenderse que en los casos no mencionados la exclusión de la responsabilidad criminal comprende también la de la responsabilidad civil. Como la legítima defensa no está mencionada en aquellos números del artículo 8.°, hay en ella no sólo exclusión de la responsabilidad penal, sino también de la civil. Esta conclusión debe ser mantenida no sólo en los casos en que el daño causado puede considerarse como constitutivo de delito, sino también en aquellos otros en que se trate de un simple daño aquiliano que pueda englobarse en el artículo 1.902. Aun cuando dentro de nuestros textos legales la legítima defensa es regulada sólo en el Código penal, se trata de una figura que cubre todos los campos del ordenamiento jurídico. En definitiva, si la agresión ha sido ilícita, la defensa es siempre legítima. El acto defensivo es un acto conforme a derecho. El daño causado al defenderse no es antijurídico, ni injusto. Por el contrario, nace de un acto justo como es defender los propios derechos. En conclusión, los daños causados en legítima defensa no son indemnizables.

B) El estado de necesidad

La figura del estado de necesidad se encuentra dibujada en el número 7.° del artículo 8.° del Código penal. Según este precepto, está exento de responsabilidad penal el que «impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber». Se trata de la lesión de un bien jurídico ajeno o de la infracción de un deber, en la que deben concurrir los requisitos siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

¿Cómo repercute el estado de necesidad en la responsabilidad civil? El artículo 20 del Código penal expresamente se refiere a la cuestión, y dice que la exclusión de responsabilidad criminal no comprende la de la responsabilidad civil. De ello se deduce que en tales casos hay responsabilidad civil. A la misma conclusión parece conducir la regla segunda del artículo 20, cuando dice que en el caso del número 7.° del artículo 8.° «serán responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieren reportado», añadiendo que «los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota o proporción de que cada interesado debe responder». De ello se deduce que no es responsable civilmente la persona que ha causado un daño a otra en estado de necesidad, sino aquella en cuyo favor un mal se ha prevenido. Podrá ocurrir que sea el mismo causante del daño, pero ello no es necesario.

Como en el caso de la legítima defensa, el daño en estado de necesidad es

un daño justo, puesto que con él se evita un mal mayor. La actuación en estado de necesidad excluye la antijuridicidad. Crea, sin embargo, un derecho del perjudicado contra el beneficiado. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil, puesto que falta el requisito de que el comportamiento dañoso sea antijurídico. Tampoco es en puridad un genuino deber de indemnización. En rigor, se trata de una acción de enriquecimiento, que trata de restablecer un equilibrio patrimonial roto. El matiz es importante. En primer lugar, porque la acción no es del perjudicado contra el causante del daño, sino del perjudicado contra el beneficiado. En segundo lugar, porque no se dirige a obtener la reparación del daño, sino sólo la restitución de la medida en que el demandado se haya enriquecido («en proporción del beneficio que hubieren reportado», dice el artículo 20 del Código penal).

Las mismas reglas parecen aplicables en todos aquellos casos en que la acción dañosa causada en estado de necesidad no constituya un supuesto típico de delito, sino simplemente un daño aquiliano que pueda englobarse en el artículo 1.902 del Código civil.

C) Consentimiento del perjudicado

En la doctrina se admite, dentro de ciertos límites, como causa de exención de responsabilidad el consentimiento del perjudicado, siempre que lo lesionado sean sus bienes materiales y que en la acción u omisión no haya mediado dolo. En cambio, no opera el consentimiento cuando lo lesionado es la vida, integridad física o, en general, cualquier derecho de la personalidad del que no se puede disponer.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Alvarez Vigaray: *La responsabilidad por daño moral,* A.D.C., 1966, p. 81; Brigulio: *El estado de necesidad en el Derecho civil,* trad. esp. y notas de García Amigo, Madrid, 1971; Cossío y Corral: *El dolo en el Derecho civil,* Madrid, 1955; *La causalidad en la responsabilidad civil,* A.D.C., 1966, p. 527; Chironi: *La culpa en el Derecho Civil moderno,* trad. de la 2.ª ed. por A. Posadas, Madrid, 1928 (reimp., 1978); De Angel Yágüez: *La responsabilidad civil,* Bilbao, 1988; De Castro: *La indemnización por causa de muerte,* A.D.C., 1956, p. 449; De Cupis: *El daño (Teoría General de la responsabilidad civil),* trad. de la 2.ª ed. italiana por Martínez Sarrión, Barcelona, 1957; De Miguel Garci-López: *La responsabilidad sin culpa,* Tesis doctoral, Barcelona, 1931; Díez-Picazo: *La responsabilidad civil, hoy,* A.D.C., 1979, p. 739; Fernández Martín-Granizo: *¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?,* A.D.C. 1965, 663; *Imputabilidad y responsabilidad objetiva,* A.D.C., 1968, p. 579; Fernández de Villavicencio: *Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva,* A.A.M.N., t. 13, p. 27; Fischer: *Los daños civiles y su reparación;* trad. Roces, Madrid, 1928; Gubern: *La evolución de las instituciones jurídicas: La responsabilidad sin culpa en España,* R.G.L.J., 1945, p. 558; Heredero: *La responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva),* Barcelona, 1964; Martín-Ballestero: *La responsabilidad objetiva como garantía patrimonial,* R.D.P., 1966, p. 117; Mazeaud-Tunc: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual,* trad. de la 5.ª ed. por Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1963; Montel: *Problemas de la responsabilidad y el daño,* trad. esp. con prólogo y notas de Roca Juan, Alcoy, 1955; Peirano Facio: *Responsabilidad extracontractual,* Bogotá-Colombia, 1979; Rogel Vide: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español,* Madrid, 1977; Sánchez Vázquez: *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana,* R.D.P., 1972, p. 965; Santos Briz: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* EDERSA, t. 24, Madrid, 1984; Silva Melero: *Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal,* A.A.M.N., t. VI.

43. LA RESPONSABILIDAD CIVIL
(Continuación)

I. LOS SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil, en cuanto deber de indemnizar, da lugar a una relación obligatoria. Podemos configurarla diciendo que en ella existe un derecho de crédito, del que es titular o acreedor el perjudicado, y un deber de prestación, del que es deudor el responsable o la persona a cuyo cargo es puesta legalmente la reparación. En este último punto caben varias posibilidades: que el responsable sea el mismo autor del daño, caso en el cual cabe hablar de una responsabilidad por «hechos propios», de acuerdo con los criterios generales de causalidad y de imputabilidad; cabe también que la responsabilidad sea puesta a cargo de una persona distinta del autor del daño, hipótesis en la cual se habla de una responsabilidad por hechos ajenos. La primera de ellas sigue los criterios generales ya estudiados y no exige una mayor argumentación. La segunda, contenida fundamentalmente en el artículo 1.903, será examinada posteriormente. Ahora es necesario aludir a dos cuestiones especiales que plantea la estructura subjetiva del fenómeno de la responsabilidad civil: la responsabilidad de la persona jurídica y la pluralidad de autores en la producción de un daño.

A) La responsabilidad civil de las personas jurídicas

La persona jurídica puede ser, sin duda, civilmente responsable de un hecho ajeno. Cabe así englobar a la persona jurídica en cualquiera de las hipótesis del artículo 1.903 o, desde el punto de vista del Derecho penal, considerar a la persona jurídica como responsable civil subsidiaria del autor del delito. El problema, sin embargo, no es ese, sino establecer en qué medida cabe hablar de una responsabilidad directa de la persona jurídica por considerarse los hechos dañosos como hechos propios de ella.

Para imputar un daño, ¿es precisa una personalización del comportamiento productor de ese daño? Conviene distinguir según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual. En materia contractual, parece claro que la persona jurídica es un contratante y por consiguiente un obligado. Si se produce un incumplimiento contractual, que determina unos daños y perjuicios para el acreedor, el hecho causante del daño, que es el incumplimiento contractual, le será imputable a la persona jurídica cualquiera que sea la persona física que lo haya realizado.

El tema es más complejo en materia de responsabilidad extracontractual. El hecho productor del daño tiene que ser siempre el hecho de una persona

física. La culpa —y lo mismo si es una culpa *in comittendo* que si es una culpa *in omittendo*— también tiene que ser de una persona física. ¿Puede hablarse entonces de «hecho propio» de la persona jurídica y de culpa de la persona jurídica? Dogmáticamente ello podría conseguirse a través de la idea de representación aun cuando ésta se considerara como una representación orgánica, que es la que corresponde a los órganos de dirección y representación de la persona jurídica. Aunque la representación suele ser definida como sustitución en la emisión (o recepción) de una declaración de voluntad, y aquí no se trata de una declaración de voluntad, sino del efecto sancionador que debe atribuirse a un comportamiento, puede extenderse el concepto si se funda en la idea de la imputabilidad: cuando la conducta del representante pueda serle directamente imputada al representado, hay representación.

De esta suerte quizá cupiera, en materia de responsabilidad aquiliana, individualizar una responsabilidad directa de la persona jurídica cuando el hecho dañoso acaece dentro del círculo de su actividad y es realizada por las personas que ostentan la cualidad de órganos de tal persona jurídica. En cambio, si procede de cualquier otro representante voluntario dependiente o auxiliar, la responsabilidad aquiliana de la persona jurídica es una responsabilidad indirecta o responsabilidad por el hecho de otro.

La jurisprudencia ha admitido la responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica, pues ésta es capaz de contraer toda suerte de obligaciones, no sólo contractuales (art. 38), por actuaciones u omisiones de sus representantes legales (Ss. de 29 de septiembre de 1964 y 29 de abril de 1988; esta última sentencia va todavía más lejos, pues extiende esa misma responsabilidad hacia las uniones sin personalidad jurídica).

B) La pluralidad de autores del hecho dañoso. La responsabilidad del grupo

Cuando en la producción del hecho dañoso aparece una confluencia de varios autores, ¿cómo se organiza y se distribuye la responsabilidad de cada uno? Vamos a tratar de analizarlo seguidamente.

En materia penal, el Código de este orden nos proporciona un criterio, al regular la responsabilidad civil derivada de delitos o de faltas, en los artículos 106 y 107. En el artículo 106 dice que «en el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno». Por su parte, el artículo 107 añade que «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables». Aunque la coordinación entre los dos preceptos citados no resulta todo lo fácil que sería de desear, el sentido que de la norma se extrae es el siguiente. El principio general (art. 106) es un principio de fragmentación

de la obligación. Se señala una cuota a cada uno de los partícipes. Los fenómenos de coautoría (y los de complicidad conjunta y coencubrimiento) determinan, en cambio, una solidaridad. La solidaridad es pues, una consecuencia. La solidaridad es, además, una superestructura de la obligación. Cada uno está obligado a su cuota, pero responde solidariamente de las cuotas de los demás.

El problema tiene un carácter completamente distinto en materia de responsabilidad contractual, pues no puede prescindirse de la regla general de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de acuerdo con la cual la solidaridad no se presume. En cambio, en el campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la responsabilidad solidaria no aparece impuesta ni en el artículo 1.902 ni en los siguientes. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial muy reiterada ya que en las obligaciones derivadas del acto ilícito civil rige la solidaridad cuando son varios los autores, como medio de protección al perjudicado y como sanción de aquéllos, lo que denota la influencia del artículo 107 del Código penal (Ss. de 6 de noviembre de 1980 y las que cita), siempre que «no existan elementos que permitan hacer diferencias en cuanto al grado de participación de cada uno» (Ss. de 20 de mayo de 1968 y 15 de octubre de 1976).

Por tanto, hay que decidir si es posible o no una individualización del comportamiento causante del daño. Si cabe individualizar los comportamientos y separarlos, nos encontramos en presencia de una hipótesis de concurrencia de causas y la responsabilidad debe distribuirse entre cada una de las personas a quienes sean imputables dichas causas. Habrá, por tanto, fragmentación de la obligación. En cambio, si no es posible llevar a cabo dicha individualización y el hecho dañoso es una acción conjunta, formada por la cooperación de varios comportamientos, será ella la causa única del daño producido y existirá solidaridad entre los actores de tal acción.

Respecto de la responsabilidad de un grupo, la sentencia de 8 de febrero de 1983 ha tenido ocasión de pronunciarse, a propósito del daño causado a tercero cuando varios niños se encontraban jugando en la vía pública sin que se pudiese precisar quién había sido el causante de la acción dañosa. El Tribunal Supremo, basándose en los artículos 1.910, 1.564, 1.783 y 1.784 C.c. y en el artículo 33.5 de la Ley de Caza (que regula la hipótesis con referencia a un grupo de cazadores), declara la responsabilidad de los pertenecientes al grupo, reconociendo que esta responsabilidad tiene matiz objetivista, y que es más equitativa que la de exonerar a todos acudiendo a la idea de fuerza mayor.

Esta es la solución que había acogido ya el Código civil alemán (parágrafo 830), y excepciona (justamente) el que alguno o algunos de los componentes del grupo prueben que no han podido ser los causantes del daño.

II. LA REPARACION DEL DAÑO

Siendo, desde el punto de vista de su estructura, la responsabilidad civil un derecho de crédito a favor del perjudicado, genera la obligación para el agente o responsable de cumplir una determinada prestación, que de acuerdo con el artículo 1.902 será la de reparar el daño causado.

A) Extensión de los daños

Sabemos ya que entre el acto u omisión doloso o culpable y el daño debe de existir un nexo de causalidad, que cumple así una función de imputación del mismo. Pero también tiene otra misión, cual es la de la determinación de los daños reparables o, dicho de otra manera, la determinación de la extensión de la obligación de reparar. Este problema es grave cuando se desencadenan factores constitutivos de un daño que es a su vez causante de unos daños subsiguientes. Por ejemplo: una famosa cantante contempla el atropello de su hijo por un automóvil, sufriendo por ello un *shock* nervioso, lo que hace que su actuación en el teatro tenga que quedar cancelada. El empresario tiene que devolver el importe de las localidades sin encontrar modo de resarcirse de los gastos. ¿Hasta dónde llega la responsabilidad del conductor que atropella al niño? ¿Responde de las lesiones o también del *shock* nervioso de la madre y de la suspensión del recital con todo lo que ello acarrea?

Una interpretación literal del artículo 1.902 conduciría a la opinión afirmativa, pues no habla más que de reparar el daño causado por la acción u omisión. Sin embargo, es obvio que la cadena de perjudicados se extendería así hasta el infinito, pues todo hombre se encuentra relacionado en su persona o en su patrimonio con los otros. Además, un sentido innato de justicia en la vida social exige que se castigue con mayor dureza al que actúa dolosamente que al descuidado o negligente.

Por todo ello, creemos aplicable en materia extracontractual el artículo 1.107, que distingue entre un deudor no doloso y un deudor doloso en el incumplimiento de la obligación. El primero ha de responder de todos los daños previstos o previsibles al constituirse la obligación «y sean *consecuencia necesaria* de su falta de cumplimiento». En cambio, el segundo responderá «de todos los que *conocidamente* se deriven» de aquella falta de cumplimiento. Aunque la concreción de estos criterios legislativos quedan sujetos al arbitrio judicial, puede indicarse que los puntos de vista de la teoría de la «causalidad adecuada» son muy instructivos para limitar la cadena de daños.

El perjudicado tiene obligación de mitigar el daño, reduciéndolo o evitando que aumente, pues tal conducta le es impuesta por el principio de buena fe (S. de 3 de noviembre de 1985).

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), fuera del supuesto de indemnización por causa de muerte (en que se reconoce a los parientes más allegados acción para reclamar daños morales y materiales), la indemnización por daños indirectos (en cuanto que los que sufre otra persona que no es víctima directa de la actuación ilícita), se va abriendo paso, prescindiendo de la prudente limitación del artículo 1.107. Así, en la sentencia de 14 de fe-

brero de 1980, en la que el Estado reclamaba el importe de los sueldos abonados a un funcionario suyo con ocasión de unas lesiones que le causó un tercero sin que incurriere en ilicitud penal, por lo que estuvo sin trabajar durante un período de tiempo. No discute el Tribunal Supremo la legitimación para exigirlos al Estado, lo que ocurre que no accede a ello porque no demostró el perjuicio, que según el Tribunal Supremo consiste «en que el Estado quedó efectivamente perjudicado en la función, con proyección económica por tal motivo, o que para continuar prestándola precisó realizar contraprestaciones complementarias que le signifiquen real perjuicio económico». Esta doctrina ha sido confirmada por sentencias posteriores (vid. la de 29 de septiembre de 1986 y las que cita).

B) Formas de la reparación

La obligación de reparar puede cumplirse *in natura,* mediante la reparación o sustitucion de la cosa, o por equivalente, mediante la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado. Salvo que la primera forma sea imposible (o muy onerosa, entendemos), no le corresponde elegir entre ambas al responsable (S. de 3 de marzo de 1978)[1]. También goza el perjudicado de la facultad de pedir la eliminación de la causa productora del daño, porque es incongruente que se siga produciendo en el futuro lo que ahora se obliga a reparar (Ss. de 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960, 4 de junio de 1962 y 14 de mayo de 1963).

En la sentencia de 10 de marzo de 1980 se pidió en el caso litigioso que cesasen en el futuro los daños que ocasionaban a una finca contigua el lanzamiento de perdigones y platos desde la cancha de un campo de tiro al plato.

C) Carácter de la deuda indemnizatoria

Cuando se solicita la reparación pecuniaria de los daños, el tiempo con arreglo al cual hay que fijar el importe, en casos de alteración del valor monetario, no ha de situarse cuando se ejercita la acción ni cuando se causaron aquéllos, sino en el día en que recaiga condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia, toda vez que no se trata de una obligación de pagar una suma de dinero, es decir, una deuda pecuniaria simple, sino de pagar en dinero un valor determinado, esto es, una deuda de valor (Ss. de 20 de mayo de 1977 y 20 de junio de 1978), o bien en el día de los hechos, pero actualizando la cantidad debida

[1] En aplicación del mismo principio, el párrafo último del artículo 17 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, dice: «Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado.»

si se calcula en aquel momento (S. de 5 de julio de 1983). Todo ello, naturalmente, salvo que el demandante haya fijado ya una cantidad en su demanda, en virtud del principio dispositivo imperante en el proceso civil.

D) Compensación de lucros con el daño

El importe de la indemnización debe ser rebajado en lo que constituya una ventaja obtenida por el perjudicado *(compensatio lucri cum damno),* lo cual es sino aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto.

En la sentencia de 15 de diciembre de 1981, el supuesto de hecho litigioso consistió en la colisión de un vehículo con otro que estaba estacionado al costado de un inmueble, el cual se empotró en el mismo, determinando su ruina física. En la liquidación del daño se tiene en cuenta las ventajas que produjo la venta del solar a un constructor.

E) Fijación convencional o judicial del daño

La fijación de la prestación de resarcimiento o de indemnización puede ser hecha por acuerdo de las propias partes. Es una materia sobre la que se puede transigir (arg. art. 1.813), y que está sometida a las reglas generales de la autonomía privada. Deberán cumplirse en cada caso los requisitos que exijan el estado civil de las personas (p. ej., si se transige en nombre de un menor sometido a la patria potestad o tutela, la transacción debe hacerse con los requisitos de los artículos 1.810 y 1.811).

Estas transacciones están muchas veces viciadas por error, al descubrirse posteriormente que el daño era más extenso del que se creía cuando se fijó convencionalmente el importe de la indemnización (vid. las sentencias de 6 de noviembre de 1965 y 23 de octubre de 1965 (Sala 2.ª), en las que se admite la impugnación por error).

Si la liquidación del daño se ha producido judicialmente ocurre lo mismo. Ante la agravación de los liquidados o aparición de otros nuevos, se legitima al perjudicado para que pueda solictar de nuevo su reparación (Ss. de 19 de febrero de 1973 y 5 de abril de 1975).

Si la fijación de la prestación que ha de realizar el responsable no se logra convencionalmente, será la autoridad judicial la que la efectúe. En la sentencia que condene por daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro, «se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia» (art. 360 L.E.C.).

F) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

La acción para exigir la responsabilidad extracontractual tiene un año de plazo legal de prescripción, «a contar desde que lo supo el agraviado». No es, pues, la producción del daño lo que determina el inicio del plazo, sino el conocimiento del daño. Debe presumirse *iuris tantum* un conocimiento instantáneo por él perjudicado respecto del daño que se le ha ocasionado (art. 1968-2.°).

En materia de lesiones, la jurisprudencia interpreta la norma legal con toda amplitud favorable al perjudicado, empezando a contar el plazo desde el alta médica, porque es cuando se sabe el quebranto producido (Ss. de 8 de julio de 1987 y 8 de octubre de 1988).

Cuando el daño tiene carácter continuado la jurisprudencia se inclina a fijar el comienzo de la prescripción también desde el momento en que los agraviados tuvieron conocimiento completo de ellos (S. de 10 de marzo de 1983), o desde que concluyan las actuaciones o presupuestos fácticos en que se apoye el ejercicio de la acción (Ss. de 19 de septiembre de 1986 y 16 de enero de 1989; los daños seguían produciéndose al interponerse la demanda).

> La sentencia de 10 de marzo de 1980, a propósito de los daños que causaba un campo de tiro a la finca contigua, distingue entre los daños continuados derivados de un hecho único originario del que derivan por un lapso de tiempo consecuencias dañosas, y los daños causados en cada uno de los casos en que se utiliza la cancha de tiro, es decir, son sucesivos actos causantes de daños que se siguen produciendo al ser interpuesta la demanda (en la que se reclamaban los daños correspondientes al último año anterior al ejercicio de la acción). En la misma línea se pronuncia la de 12 de febrero de 1981, a propósito de voladuras continuadas aunque espaciadas en una cantera. Es justo que el perjudicado pueda solicitar la indemnización de los daños producidos en el año anterior a la demanda (no los anteriores), pues de prosperar otro criterio, todo aquel que por tolerancia u otro motivo legítimo o digno de encomio hubiera dejado pasar el plazo de año desde que tuvo conocimiento sin reclamar, tendría que resignarse a padecerlos indefinidamente (Ss. de 23 de junio de 1913 y 10 de noviembre de 1924).

III. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Prescindiendo de la mecánica de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se conectan con la imposición de la responsabilidad llamada objetiva, si el agente se ha asegurado previamente a fin de trasladar el asegurador el riesgo que supone para su patrimonio la obligación de reparar, el perjudicado puede demandar también al asegurador como responsable subsidiario, o bien directamente, como responsable solidario (Ss. de 23 de junio de 1930, 18 de febrero de 1967, 14 de octubre de 1969, 26 de marzo y 30 de junio de 1977). Esta era la posición de la jurisprudencia antes de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980. Desde entonces, se otorga al perjudicado o a sus herederos en el artículo 76 una acción directa contra el asegurador.

Para evitar un proceso inútil, el artículo *in fine* ordena que «a los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». También se ocupa de las excepciones que puede oponer el asegurador ante la acción directa del perjudicado o herederos. Dice que «es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», pero puede «oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste». La interpretación literal de la primera regla llevaría a la conclusión absurda de que el asegurador no podría oponer ninguna clase de excepción que derivase del propio contrato de seguro. Así, por ejemplo, que el daño no está cubierto por el mismo, o se le reclama más cantidad de la asegurada. ¿Para qué entonces se autoriza al perjudicado a que el asegurado le dé cuenta del seguro y de *su contenido?* Hay que entender que el asegurador podrá oponer las excepciones derivadas del contrato de seguro en lo que repercuta o afecte directamente a los terceros perjudicados (S. de 28 de enero de 1985).

La acción del perjudicado o sus herederos tiene naturaleza contractual (S. de 15 de noviembre de 1986).

Respecto de la «culpa exclusiva» del perjudicado, hay que entender que cuando sea simplemente concurrente con la del asegurado, podrá alegarse para limitar el *quantum* de la indemnización.

Por último, el artículo 76 da al asegurador un derecho de repetición contra el asegurado en caso que el el daño sea debido a su conducta dolosa.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ILICITO PENAL

Preceptúa el artículo 1.092 C.c.: «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o de las faltas se regirán por las disposiciones del Código penal.» De ahí que en el Código civil no figuren estas normas, y nos tengamos que remitir a otras disciplinas (Derecho penal, Derecho procesal) donde se exponen y se explican. Unicamente reenvían aquellas disposiciones al Derecho civil respecto a la extinción. Dice el artículo 117 del Código penal que la responsabilidad civil nacida del delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil.

Ciñéndonos a las cuestiones en las que la responsabilidad nacida del ilícito penal tiene importancia en la órbita civil, hay que destacar:

1.° La acción civil puede ejercitarse conjunta o separadamente con la vía penal. Si se ejercita ésta se entenderá también utilizada la vía civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para actuarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiera lugar (arts. 111 y 112 L. E. Criminal). Pero mientras no se sustancia la vía criminal no se abre

la vía civil, no transcurriendo por tanto el plazo de prescripción de la acción civil (art. 114 L. E. Criminal).

No podrá utilizarse la acción ante la jurisdicción civil si la sentencia firme en lo penal declara que no existió el hecho de que pudiera derivarse una responsabilidad civil (art. 116 L. E. Criminal).

La sentencia firme condenatoria ejerce influencia en el proceso civil posterior. Es doctrina jurisprudencial reiterada que constituyen premisas inatacables las afirmaciones de hechos que se declaren probados, pero no la calificación jurídica de los mismos. (S. de 9 de febrero de 1960). En cambio, las sentencias absolutorias no prejuzgan la valoración de los hechos en la vía civil. (S. de 15 de noviembre de 1982).

2.° La rebeldía del procesado —caso en el que se suspende la causa según el artículo 843 L.E. Criminal—, la extinción de la responsabilidad penal por muerte del presunto culpable (art. 115 L. E. Criminal), o por indulto (S. de 27 de marzo de 1979), abre la vía civil para ventilar las responsabilidades de orden civil.

3.° Es discutido si la jurisdicción ante la cual se ejercita la acción debe de aplicar las normas del Código penal relativas a la responsabilidad civil nacidas de los delitos y faltas penales, o solamente las del Código civil (arts. 1902 y siguientes). Pero no hay ningún obstáculo para la actuación de las primeras, que son normas sustantivas atinentes a la responsabilidad [2]. Sin duda hay que aplicar las de la responsabilidad extracontractual civil cuando haya habido un sobreseimiento de las actuaciones (libre o provisional) o absolución. La reapertura de las diligencias después del sobreseimiento no elimina la prescripción de la acción que ya estuviese consumada (S. de 24 de junio de 1988).

4.° También se ha discutido el plazo prescriptivo de la acción cuando se lleva ante la jurisdicción civil, estimándose que es el del artículo 1968.2.°, o bien que ese no es aplicable por referirse el Código civil expresamente a las acciones u omisiones del artículo 1.902, criterio este último que es el más seguido [3].

El plazo se cuenta desde la firmeza de la sentencia o del auto de sobreseimiento de las actuaciones criminales [4].

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

ALBALADEJO: *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder de acto ilícito común,* A.D.C., 1963, p. 541. CORTÉS DOMÍNGUEZ: *La cosa juzgada penal,* Bolonia, 1975: DALMASES Y JORDANA: *La responsabilidad de las personas colectivas,* R.J.C., 1926, p. 137; GÓMEZ CALERO: *La responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal,* R.G.D., 1960, pp. 506, 562, 778 y 874; GÓMEZ ORBANEJA: *La acción civil del delito,* R.D.P., 1949, p. 193; JORDI: *La responsabilidad civil derivada del delito,* R.J.C., 1959, p. 277; LEÓN ALONSO: *La categoría de la obligación «in solium»,* Sevilla 1978; REYES MONTERREAL: *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas,* Madrid, 1958; RUIZ VADILLO: *Algunos problemas relativos a la determinación de la indemnización civil,* R. D. Circ. núm. 4, p. 222; SANCHO REBULLIDA: *La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos.* Estudios en honor de Castán, Pamplona, 1969, t. III, p. 565; SILVA MELERO: *En torno a las consecuencias civiles del delito,* R.D.P. 1966, P. 1.065.

[2] En favor de este último criterio, las sentencias de 25 de febrero de 1963 y 30 de junio de 1977.

[3] Sentencias de 27 de marzo y 2 de julio de 1979 y 15 de noviembre de 1986.

[4] Sentencias de 11 de febrero de 1977 y 31 de mayo de 1978.

44. LA RESPONSABILIDAD CIVIL
(Continuación)

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

Dice el párrafo 1.° del artículo 1.903 que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Por tanto, la responsabilidad por hecho de otro, llamada también responsabilidad indirecta, es la que surge cuando la ley obliga a reparar el daño causado por la acción u omisión de una persona a otra distinta. Hay una disociación entre el responsable y el agente aparentemente.

Sin embargo, el fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno en el sistema del Código civil es una falta propia de quien responde. En efecto, el artículo 1.903, después de regular los supuestos en que se da aquella responsabilidad, dice: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Se establece, pues, un sistema de inversión de la carga de la prueba, ya que corresponde al responsable por el hecho u omisión de otro acreditar que no tiene responsabilidad por haber obrado de acuerdo con la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo. Si no lo acredita, demuestra su culpabilidad y por ello se le sanciona.

Este sistema, sin embargo, quiebra en la hipótesis de la responsabilidad del empresario por la conducta de sus empleados o dependientes, pues el artículo 1.904 le autoriza para repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. La incongruencia de la norma es manifiesta. Si el empresario es responsable de su falta (culpa *in vigilando* o *eligendo*), no deberá repetir nada o, a lo sumo, aquello que excediese de lo que debería compartir con el dependiente o empleado causante del daño por dolo o negligencia. El artículo 1.904 tendría su explicación en un sistema que fundamentase la responsabilidad del empresario objetivamente, prescindiendo de su culpa, pero no cuando se basa en ésta.

A continuación deben examinarse los supuestos legales que recoge el artículo 1.903 como de responsabilidad por hecho ajeno.

A) La responsabilidad de los padres

Según el párrafo 2.° del artículo 1.903, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda».

El hijo ha de estar bajo «la guarda» de los padres, situación en la que se halla el no emancipado como sujeto a la patria potestad (art. 154). Pero precisamente por requerirse sólo la guarda es posible afirmar la responsabilidad del cónyuge a quien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio se haya puesto a «su cuidado» algún hijo aun no privando de la patria potestad al otro, o bien se haya adoptado judicialmente aquella medida durante la sustanciación de los pleitos mencionados (arts. 90, letra *a)*, 92.4.° y 103.1.ª). La razón parece clara: aunque la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1.°), y con más razón durante el desarrollo de los pleitos, lo cierto es que el padre que no viva con su hijo no puede guardarlo.

El fundamento de la responsabilidad de los padres se encuentra en una culpa de los mismos *(culpa in vigilando* o *in educando)*, según el sistema del Código civil, que la presume *iuris tantum* (art. 1.903, párrafo último), pero con razón está totalmente en crisis esta concepción por contraria a la realidad de las cosas; ni los padres pueden vigilar al menor en todo momento, ni pueden evitar el que obre contra lo que le han enseñado o prohibido. Con propiedad se habla de un matiz objetivo en esta responsabilidad (Ss. de 10 de marzo de 1983 y 22 de septiembre de 1984).

Si los padres son insolventes o prueban que no ha existido falta por su parte, ¿la víctima debe asumir el perjuicio? Creemos que se impone una aplicación analógica de las normas que el Código penal establece sobre la responsabilidad civil del menor que por su edad (menor de dieciséis años) no es imputable penalmente. El artículo 20, regla 1.ª, partiendo de que está exento de responsabilidad criminal por delito o falta, hace responsables a los que ejerzan la patria potestad, y si son insolventes o no existiendo (supuesto al que hay que equiparar el de que esas personas prueben que no hubo culpa por su parte), será el patrimonio del propio menor el que responderá. No se trata de aplicar analógicamente normas penales, lo que no puede hacerse, sino normas sobre responsabilidad civil derivada de un ilícito.

La acción del perjudicado es directa contra los padres (Ss. de 15 de febrero de 1975 y 27 de octubre de 1982). Pero puede demandar también al mismo menor, que estará debidamente representado en el proceso, para que sea condenado a soportar sobre su patrimonio la reparación del daño, aunque en forma subsidiaria, en otras palabras, para el caso de ser insolventes los padres o que demuestren la ausencia de culpa por su parte.

B) Responsabilidad del tutor

En la misma línea de la responsabilidad de los padres, el párrafo 3.° del artículo 1.903 establece la del tutor, diciendo que son responsables «de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». La referencia a los menores hay que entenderla

como a menores que no se encuentren bajo la patria potestad, y a los incapacitados como los sometidos a la autoridad del tutor porque la tutela se extiende a su persona (lo que no sucede en todas las clases de incapacitación).

Al igual que ocurre con los padres, el patrimonio del incapacitado responderá cuando no haya persona que lo tenga bajo su guarda legal (o cuando pruebe que está exento de culpa) o sea insolvente (art. 20, regla 1.ª, Código penal).

C) La responsabilidad civil de los empresarios

Preceptúa el párrafo 4.º del artículo 1.903, que responden civilmente «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones».

La responsabilidad del empresario requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia con el ejecutor del acto causante del daño (Ss. de 5 de julio de 1979 y 4 de enero de 1982). Además, se exige que en este último concurran los requisitos del artículo 1.902, es decir, la existencia de un acto u omisión por lo menos culposo (Ss. de 25 de octubre de 1980 y las que cita, y 27 de enero de 1983).

La jurisprudencia fundamenta la responsabilidad del empresario en su culpa *in vigilando* o *in eligendo*, lo que concuerda con el párrafo último del artículo 1.903, en tanto que permite a todas las personas, sin excepción, que en virtud del mismo están obligadas a responder por hecho de otro, demostrar que hicieron lo posible para evitar el daño (Ss. de 16 de abril de 1968 y 30 de diciembre de 1981). Sin embargo, la propia jurisprudencia de hecho objetiva la responsabilidad del empresario, al exigirle una vigorosa prueba de la diligencia empleada (Ss. de 3 de octubre de 1961, 25 de octubre de 1966 y 3 de mayo de 1967). Por otra parte, hay que observar que el párrafo que se comenta parte de presumir la responsabilidad del empresario, al ser él quien haya de demostrar que no incurrió en ninguna culpa.

Así pues, tenemos una responsabilidad del dependiente o empleado fundada en la culpa del artículo 1.902 (o en las disposiciones legales que la imponen) y una responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* del empresario. Pero la responsabilidad de éste es directa, según admite reiteradamente la jurisprudencia, no necesariamente subsidiaria de la del empleado, por lo que el perjudicado puede demandar sólo al empresario (S. de 30 de diciembre de 1981 y las que cita), aunque también admite la responsabilidad *in solidum* de empleado y empresario (Ss. de 14 de febrero de 1964 y 3 de mayo de 1967) con la posibilidad de demandar a ambos.

El daño debe haber sido causado por el dependiente en el servicio del ramo en que estuviese empleado, o con ocasión de sus funciones, lo que indica que ha de haber conexión entre ambos elementos. Debe presumirse, en beneficio del perjudicado, que el dependiente se hallaba en aquella situación cuando se

produjo el daño, salvo prueba en contrario que corresponderá al empresario demandado.

El empresario que paga el daño causado por sus dependientes está facultado para repetir de éstos lo que hubiese satisfecho, dice el artículo 1.904. Es un precepto que no tiene que ver nada con los que se refieren a la responsabilidad aquiliana, por lo que el plazo de prescripción de la acción será el de quince años (art. 1.964).

D) Responsabilidad del Estado

A tenor de lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 1.903, «el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

En el sistema del Código civil, el Estado responde civilmente por el artículo 1.903 si obra por un agente especial, y por el artículo 1.902 si lo hace a través del funcionario a quien corresponda la gestión practicada, aunque no han faltado interpretaciones según las cuales es el funcionario el responsable y no el Estado, pues al primero se refiere la remisión al «artículo anterior».

De todas formas, el sistema civil de la responsabilidad del Estado se basa en la culpa, pero la evolución de la responsabilidad por culpa hacia la responsabilidad objetiva ha afectado al párrafo 5.º del artículo 1.903.

En efecto, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 121.1.º) señala que dará lugar a indemnización «toda lesión que los particulares sufran en los *bienes y derechos a que esta Ley se refiere*, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o a la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo». El Reglamento de la L.E.F. precisó que dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente (art. 133). Obsérvese que el Reglamento no requiere que los bienes y derechos afectados sean los que puedan ser expropiables, concepto más estricto.

García de Enterría, autorizado comentarista de la Ley de Expropiación Forzosa, destacó que el sistema de indemnización objetiva de la misma exige que los sujetos estén, respecto a la producción del daño, en una situación propia del Derecho Administrativo; en otros términos, que el acto causal sea efectivamente un acto administrativo, o cuando no proceda de acto jurídico alguno sino de puros hechos, que la situación en que los mismos se produjeron fuese de suyo una situación propia del Derecho Administrativo.

Con posterioridad mantiene el criterio de la Ley de 1954 la Ley de Régimen

Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, que regula la responsabilidad del Estado y la de sus autoridades, funcionarios y agentes. En su artículo 40.1.°, dice: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado en toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.» Y en el artículo 41 se regula la responsabilidad cuando el Estado actúe en relaciones en Derecho privado, respondiendo entonces «directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la administración».

Ahora bien, no se elimina la posibilidad de que el particular se dirija directamente con la autoridad o funcionario causante del daño, pero aquí no juega entonces la responsabilidad objetiva sino la subjetiva o por culpa. En tal sentido dispone el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que «los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos».

La Constitución de 1978, en el apartado 2.° del artículo 106, ha consolidado el sistema de la responsabilidad objetiva de la Administración, declarando que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Por su parte, la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 dispone en su artículo 54 que «las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

Por lo que respecta a la Administración de Justicia, el artículo 121 de la Constitución establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

Un examen detallado de la responsabilidad patrimonial de la Administración se realiza en el Derecho Administrativo, al que tenemos que remitirnos.

E) Responsabilidad de los educadores

Por último, el párrafo 6.° del artículo 1.903 recoge el último supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Señala que son responsables «los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia».

Por la aplicación de este precepto ha de tenerse en cuenta que impartir una enseñanza no es condición suficiente sino que, además, el maestro o director ha de tener una obligación de custodia que se traduce en un deber de vigilancia del alumno o aprendiz. Su responsabilidad radica en el incumplimiento del mismo, que se presume al causar aquéllos daños a tercero, como en todos los casos del artículo 1.903, salvo prueba en contrario. De ahí también que la menor edad del alumno o aprendiz desplace la responsabilidad de los padres o del tutor hacia el maestro o director durante el tiempo en que se les confíe su instrucción.

Aunque el Código mencione a los «maestros o directores de artes y oficios», no hay que descartar la responsabilidad del centro o instituto en que se imparte la enseñanza, debiéndose considerar que esas personas son las encargadas de ejecutar la prestación de educación. El centro o instituto responde por el hecho de sus subordinados, lo mismo que el empresario responde de los daños causados por sus empleados.

F) ¿Carácter exhaustivo de los supuestos del artículo 1.903?

Si se analizan los supuestos recogidos en el artículo 1.903, se observará que en todos ellos existen unas relaciones jurídicas determinantes de un nexo de jerarquía o subordinación que permite dar a otro órdenes e instrucciones. De ahí que para extender el principio de la responsabilidad por hecho ajeno a otras situaciones distintas de las contempladas específicamente en el precepto ha de darse necesariamente aquella característica. Así, por ejemplo, la relación de amo y criado con terminología del Código civil, aunque no esté especificada en el artículo 1.903 ha de comprenderse en él, lo mismo que cuando el daño se ha producido por la actividad de una empresa a la que otra le había encargado un trabajo: ésta será responsable si se hubiese reservado injerencia o vigilancia en su desarrollo (Ss. de 17 de noviembre de 1980, 4 de mayo de 1982 y 26 de junio de 1984).

II. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES Y COSAS

En el sistema de la responsabilidad civil del Código Napoleón, precedente importantísimo en esta materia, como en tantas otras, del nuestro, figura un precepto sobre el que se fundamenta la responsabilidad por hecho de las cosas, así llamada tradicionalmente por la doctrina. El artículo 1.348 dice que no solamente se responde del daño que se causa por el propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas de que uno debe respon-

der o por las cosas que uno tiene bajo su guarda o custodia. Parece demostrado que con ello se enunciaba con carácter general el principio que desarrollaban específicamente los artículos 1.385 (responsabilidad por daños causados por animales) y 1.368 (responsabilidad por daños causados por edificios). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se fijaron en él para fundamentar una responsabilidad de tipo objetivo, imponiendo al propietario de una máquina, por ejemplo, el deber de responder de los daños causados, apelando a que la culpa no figura en el precepto como requisito para ello.

En nuestro Código, sin embargo, no se ha recogido el mismo principio que, con carácter general, tiene su asiento en el artículo 1.384 francés. No estatuye más que especificaciones concretas de responsabilidad a cargo del propietario (o poseedor) de animales o de determinados bienes.

A) Los daños causados por animales

A tenor del artículo 1.905, «el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido». La jurisprudencia ha declarado que este artículo consagra una responsabilidad objetiva (Ss. de 3 de marzo de 1957, 14 de mayo de 1963 y 15 de marzo de 1982), que sólo cesará cuando haya fuerza mayor o culpa de la víctima. Sin embargo, si concurriese ésta en la producción del daño, es decir, si no es exclusiva, habrá que moderar la del responsable de acuerdo con las declaraciones jurisprudenciales sobre la concurrencia de culpas.

El Código no hace directamente responsable al propietario del animal sino al poseedor o al que se sirve de el, es decir, a todo aquel que tiene un señorío de hecho o un interés en su utilización o posesión. En cambio, no deben incluirse a los que son meros servidores de una posesión (v. gr., los trabajadores del empresario agrícola).

Tampoco puntualiza el precepto la naturaleza del animal y se extiende, en consecuencia, a todo tipo de ellos con tal de que puedan ser considerados como objeto de posesión.

B) Los daños causados por la caza

El artículo 1.906 del Código civil contiene una norma dedicada a los daños originados por la caza, que dice: «El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.» Se trata, pues, de una responsabilidad basada en la culpa del propietario, que no ha tomado las debidas precauciones para evitar el daño.

En la actualidad, y en cuanto a los daños producidos por la caza, hay que estar a lo que específicamente se dispone en la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 y su Reglamento de 25 de marzo de 1971.

Se determina en el artículo 33.1 de la precitada Ley que «los titulares de aprovechamientos cinegéticos... serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos». Expresamente se declara que la exacción de esta responsabilidad «se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria» (art. 33.2.°). La sentencia de 27 de mayo de 1985 entiende que esta remisión no es al sistema civil de la responsabilidad por culpa, pues la Ley implanta en este punto una responsabilidad objetiva, sino al modo, forma o procedimiento para hacerla efectiva.

Por tanto, se establece una responsabilidad principal y otra subsidiaria. La primera corresponde al titular del aprovechamiento cinegético cuando no sea el propietario del coto, sino el titular de otro derecho real o personal que lleve consigo el uso y aprovechamiento de la caza (art. 6.°). La subsidiaria, al propietario del coto si el titular del aprovechamiento es otro distinto.

El daño se debe de haber producido por piezas de caza procedentes de terrenos acotados, en los que por definición la caza deberá estar protegida y fomentada, aprovechándose de forma ordenada (art. 15). En los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad será exigible solidariamente de todos los titulares de aprovechamientos cinegéticos que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos (art. 35.1, apartado *b)* del Reglamento). Obsérvese que que aquí se plantea el problema de la falta de precisión en cuanto al origen de la pieza que causa el daño existiendo varios terrenos colindantes de la finca perjudicada. Cuestión distinta se suscita en la hipótesis de que varios titulares de aprovechamientos cinegéticos, o propietarios, hayan puesto en común los terrenos para formar un coto. Entonces, y en cualquier circunstancia, la responsabilidad de los mismos es siempre solidaria (art. 35.1, apartado *a)* del Reglamento).

Hasta aquí los daños producidos por piezas de caza procedentes de cotos. Respecto de las procedentes de terreno de aprovechamiento cinegético común (en los que la caza es libre), el artículo 35.3 del Reglamento de la Ley de Caza dispone que «se estará a lo dispuesto en el Código civil», por lo que regirá lo preceptuado en el artículo 1.906 [1]. Son terrenos de aprovechamiento cinegético común los que no están sometidos a régimen cinegético especial (como los cotos), y los rurales cercados en los que, existiendo accesos practicables,

[1] La sentencia de 27 de mayo de 1985, declara que el artículo 1.906 ha sido derogado por la Ley de Caza, lo que es discutible. El sistema de responsabilidad objetiva que instaura puede ser de aplicación para los aprovechamientos cinegéticos especiales exclusivamente.

no tengan junto a los mismos carteles o señales, en los cuales se haga patente, con toda claridad, la prohibición de entrar en ellos (art. 9.° del Reglamento).

Además de los cotos, terrenos de aprovechamientos cinegéticos especiales son los Refugios, Reservas y Parques Nacionales. El artículo 33.3 de la Ley únicamente señala a los responsables de los daños, que son los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. En lo demás, hay que estar a lo previsto en la Ley o disposición especial que autorice su creación y, en su defecto a lo dispuesto en la legislación civil ordinaria (art. 35.2 del Reglamento), es decir, en cuanto al modo o forma de exigir la responsabilidad.

También es terreno de aprovechamiento cinegético especial las zonas sometidas a caza controlada, que son terrenos cinegéticos de aprovechamiento común afectados por un plan de protección, fomento, conservación y aprovechamiento de la riqueza cinegética aprobado por el Ministerio de Agricultura (art. 14.1 de la Ley). El control lo puede realizar este Ministerio o Sociedades de Cazadores. En el primer caso, el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques es el responsable y en el segundo las Sociedades de Cazadores (art. 35.4 del Reglamento). Aunque no se determina como en los casos anteriores la remisión a la legislación civil ordinaria, resulta obvia si se tiene en cuenta que este supuesto no presenta ninguna particularidad especial frente a los demás.

Algún interés creemos que reviste la reparación de los daños, en cuanto que el artículo 33.4 de la Ley de Caza faculta a los dueños de las fincas dañadas de producción agrícola, forestal o ganadera, para solicitar del Ministerio de Agricultura la aprobación de las medidas que quieran tomar, dentro de aquellas fincas, a fin de protegerlas. El hecho de no hacer uso de tal facultad supone evidentemente una agravación del daño, que no ha de ser soportada por el responsable.

C) Responsabilidad por ruina de los edificios

La ruina de los edificios como posible causa de daños es regulada en nuestro Derecho positivo en dos momentos. El primero es el de la amenaza de ruina; el segundo, el de la ruina ya producida.

La amenaza de ruina es contemplada por el artículo 389 del Código civil, según el cual si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no la verificare, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo.

La ruina ya producida es considerada en los artículos 1.907 y 1.909. A tenor de lo prescrito en el primero, el propietario es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de un edificio, si ésta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias. Según el artículo 1.909, «si el daño... resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal». Hemos de entender que el término «edificio» se emplea como sinónimo de construcción (arg. art. 389).

El artículo 1.907 es un precepto que impone una responsabilidad al propietario en base a una falta suya: el no hacer las reparaciones necesarias, y ello aunque la construcción o edificio esté dada en usufructo o en arriendo (vid. arts. 500, 501 y 1.554.2.°). En cambio, una problemática compleja suscita el desafortuando artículo 1.909.

Para situar o comprender el artículo 1.909 hay que relacionarlo necesariamente con el artículo 1.591. Sabemos que en él se regula la responsabilidad frente al comitente de la obra (y sus sucesivos adquirentes) del contratista y de los técnicos que han intervenido en la construcción, siempre que la ruina haya sobrevenido dentro de un plazo de diez años que, decíamos, había que contarlo desde la entrega. También se indica en el precitado artículo que el contratista es responsable si la ruina ocurre por vicios de la construcción, y el arquitecto por vicios del suelo y de la dirección. Nos inclinábamos a ver en el artículo 1.591 un supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el contratista y técnicos de acuerdo con su profesionalidad, y que emanan de un contrato de obra.

Desde este punto de vista, el artículo 1.909 es una norma complementaria del artículo 1.591, que juega cuando el daño ocasionado por la ruina afecta a un tercero, es decir, no al comitente o a los que de él adquieran. Se impone frente a este tercero una responsabilidad del contratista y técnicos, aunque el artículo 1.909 sólo hable del arquitecto al igual que el artículo 1.591, y así lo ha entendido la jurisprudencia que reseñamos en su momento. Esa responsabilidad es aquí claramente extracontractual, y la causa debe ser para cada profesional la que señala el artículo 1.591: vicio de la construcción, el contratista, vicio del suelo o de la dirección, el arquitecto.

El artículo 1.591 condiciona la responsabilidad frente al comitente y los sucesivos adquirentes al hecho de que la ruina tuviera lugar dentro de diez años de su entrega. Por su parte, el artículo 1.909 concede acción al tercero perjudicado, si su reclamación se produce «dentro del tiempo legal». Esta última expresión ha provocado algún problema interpretativo, especialmente si se tiene en cuenta que en materia extracontractual el plazo de prescripción es el de un año, contado a partir del momento en que el perjudicado tuviere conocimiento del daño (art. 1.968.2.°). Si la expresión «dentro del término legal» del artículo 1.909 se entiende referida a la prescripción de un año, se produciría una perpetuación de la responsabilidad del arquitecto y del contratista, cualquiera que fuere el momento en que la ruina se produjera, con tal que la acción quedara interpuesta dentro del año siguiente. Por eso, la expresión «tiempo legal» creemos que es una pura remisión al plazo de diez años del artículo 1.951. Los diez años son un lapso de tiempo dentro del cual se debe producir la ruina. Con ello nace la responsabilidad. La acción para exigirla, supuesto que es ex-

tracontractual en el artículo 1.909, será el de un año desde que el agraviado ha conocido la existencia del perjuicio.

D) La responsabilidad por actividades industriales de carácter peligroso o nocivo

Cabe englobar bajo esta rúbrica algunos casos de actividades industriales de naturaleza peligrosa o nociva. La mayor parte de los que nuestro Código civil recoge son explosiones de máquinas y daños ocasionados por sustancias gaseosas. La responsabilidad atañe según el Código al «propietario», aunque de acuerdo con el destino y la naturaleza de las cosas nocivas más parece que se trata de un empresario en el ejercicio de una empresa. Los supuestos que el Código enumera en el artículo 1.908 son los siguientes:

1.° La explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. El criterio que aquí utiliza el Código es un criterio de responsabilidad por culpa: no ha existido diligencia en el cuidado de las máquinas o en la seguridad y adecuación del lugar en el que se colocaron las sustancias explosivas.

2.° Los humos excesivos que sean nocivos a la persona o a las propiedades. Aquí, en cambio, la responsabilidad se objetiviza y se establece por la excesividad y carácter nocivo.

3.° La caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. Parece también una responsabilidad objetivizada, de la que el propietario queda exonerado únicamente cuando concurren circunstancias de fuerza mayor.

4.° Las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen. Es una responsabilidad subjetiva o culposa, pues se insiste en la falta de precauciones, aunque limitándola a aquellas que deban ser adecuadas en la construcción en relación con el lugar en que se encuentran.

Por otra parte, el artículo 590 establece una serie de limitaciones al dominio, que restringen la libre construcción o instalación de artefactos de naturaleza peligrosa o nociva. Nace, pues, una responsabilidad de una infracción de reglamentos que a ellas se refieren [2].

Cabe preguntarse también si es posible aplicar el artículo 1.908 a otras hipótesis que no se encuentren especialmente comprendidas en él o si las demás actividades peligrosas hay que llevarlas al terreno general del artículo 1.902.

[2] Sobre daños causados por explotación termo-eléctrica en fincas colindantes, realizados en infracción de las disposiciones administrativas protectoras del medio ambiente, vid. la sentencia de 3 de diciembre de 1987.

La respuesta debería ser afirmativa. Siempre que una actividad industrial sea peligrosa o insalubre, la responsabilidad ha de producirse de acuerdo con los criterios más estrictos que presiden en algunos de los preceptos citados (inmisión en la esfera ajena, infracción reglamentaria, etc.).

En relación con este punto, ha sido estudiado sobre todo por la jurisprudencia alemana el problema de los ruidos que pueden producir daños de carácter físico o psíquico (enfermedades nerviosas, pérdida del sueño, daños en la audición), o daños materiales (por ejemplo, en los casos de una trepidación excesiva o cuando afecten a una empresa o negocio que puede por causa de aquéllos perder su clientela). El criterio antes propuesto permitiría entender tal hipótesis incluida en el marco del artículo 1.908, y hacer responsables de los daños al causante de los ruidos siempre que éstos resulten excesivos y nocivos.

Por último, el artículo 1.909, ya estudiado, se aplica por imperativo de su texto si el daño de que trata el artículo 1.908 ha sido originado por defecto de construcción.

E) El artículo 1.910

Dice el artículo 1.910 del Código civil que «el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma». El sentido del precepto es que el daño sea causado por cosa que se arroje o caiga de la casa, pero no de aquellas cosas que forman parte del mismo edificio. Además la responsabilidad se impone no por ser propietario sino por el hecho de habitar. Hay que observar, de paso, lo anacrónico que resulta en esta época hablar de «un cabeza de familia», cuando ha desaparecido toda idea de la jefatura doméstica en la familia, que es gobernada hoy por marido y mujer.

La responsabilidad debe considerarse de carácter objetivo, prescindiéndose, por tanto, de la culpa e incluso del nexo de causalidad entre el responsable legal y el daño, pues puede muy bien no haber sido el agente productor.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

Casado Iglesias: *Los daños causados por la Administración Pública y su nuevo tratamiento jurisprudencial,* R.D.P., 1972, p. 116; Conde-Pumpido: *Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces,* Estudios en honor de Castán, t. II, p. 73; Díaz Alabart: *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela,* A.D.C., 1987, p. 795; Leguina Villa; *La responsabilidad civil de la Administración Pública,* Madrid 1970; León González: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad.* Estudios en honor a Castán, Pamplona, 1969, t. VI, p. 267; Llamas Valbuena: *Influencia de la legislación laboral en algunos casos de responsabilidad civil subsidiaria,* R.G.L.J., septiembre 1972, p. 251; Pantaleón Prieto: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción,* Madrid, 1985; Rogel Vide: *La responsabilidad civil extracon-*

tractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentario a la S.T.S. de 15 de febrero de 1975), A.D.C., 1976, p. 1.234; RIVERO ISERN: *La responsabilidad civil frente a la Administración pública*, A.D.C., 1973, p. 827; RUBIO: *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971.

45. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA IMPUESTA LEGALMENTE

I. LA RESPONSABILIDAD EN LA LEGISLACION SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR

El riesgo que supone en la vida actual el uso y circulación de vehículos de motor, el constante aumento de los accidentes derivados de su peligrosidad, han aconsejado la regulación del mismo y, a la vez, la introducción de una responsabilidad más agravada por el daño causado que la basaba en el clásico sistema de la culpa.

El artículo 1.°1 de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor (texto refundido aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968), modificada por Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 para adaptarla al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, dice: «El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños corporales o materiales estará obligado a repararlos conforme a lo establecido en la presente Ley.» Sin embargo, el sistema de responsabilidad que se acoge es distinto para los daños corporales que para los materiales.

Para los corporales, o daños a las personas, se impone la responsabilidad al conductor, salvo si se prueba que los mismos fueron debidos «únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de algunas de sus piezas o mecanismos» (art. 1.°2).

Esta responsabilidad ha sido calificada de objetiva. Basta la existencia de un daño producido por un vehículo de motor con motivo de la circulación. Pero es obvio que se trata de una responsabilidad objetiva atenuada, porque el causante del daño no responde si sobreviene a consecuencia de:

a) La culpa exclusiva del perjudicado. Aunque la Ley no ha previsto la posibilidad real de una concurrencia de culpas, con la consiguiente atenuación de la responsabilidad, debe seguirse la doctrina general favorable a esta solución.

b) Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, exceptuando de su ámbito los sucesos que hasta entonces eran considerados como supuestos de fuerza mayor.

La prueba de que en la producción del daño han intervenido alguna de estas causas exonerativas corresponde al causante del mismo. Y ello porque su responsabilidad es la norma general, y su exclusión una excepción. Además, tratándose de un posible comportamiento culposo —el del perjudicado—, la prueba de la culpa corresponde a quien la alega.

Para los daños materiales, en cambio, el sistema de responsabilidad es

el del Código civil, o, si se derivase de un ilícito penal, el del Código penal (art. 1.°3). La novedad radica en que el propietario del vehículo ha de suscribir obligatoriamente un seguro que cubra hasta el límite que reglamentariamente se fije el importe de estos daños, lo mismo que los corporales, sin perjuicio naturalmente de que concierte un seguro de responsabilidad civil por una cantidad mayor (art. 2.°), con prohibición de circular el vehículo por territorio nacional hasta entonces.

Los daños deben haberse producido por «hecho de la circulación», que a efectos *del seguro obligatorio* son «los derivados del uso y circulación del vehículo asegurado en la póliza de seguro por vías y bienes de dominio público, garajes y aparcamientos, así como por vías privadas que no estén especialmente destinadas o acotadas para el desarrollo por dicho vehículo de un trabajo o labor industrial o agrícola» (art. 4.° del Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria).

El artículo 3.° de la Ley excluye de la cobertura obligatoria del seguro concertado «a los daños producidos al tomador [1], al propietario del vehículo identificado en la póliza o al asegurado o conductor del mismo; tampoco cubrirá los daños materiales sufridos por dicho vehículo, por las cosas en él transportadas, ni por los bienes de los que resulten titulares el cónyuge y cualquiera de las personas antes mencionadas, o sus respectivos familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, siempre y cuando vivan a sus expensas».

Si los daños corporales o materiales se han producido por un vehículo asegurado que haya sido robado o hurtado, responderá el Consorcio de Compensación de Seguros, salvo el ocasionado a los ocupantes del mismo si el asegurador probase que conocían aquellas circunstancias (arts. 3.° y 8.°1, párrafo *b)*, de la Ley). Pero esta disposición únicamente debe ser operante cuando no exista asegurador conocido [2].

El seguro excluye de su cobertura los *daños materiales* producidos por la conducción en estado de embriaguez, bajo la influencia de droga, tóxico o estupefaciente, exceso de carga, número de personas transportadas, y los supuestos que se enumeran en la Ley como casos en que el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura. Aquí, por el contrario, sirven para excluir los daños materiales (art. 3.° de la Ley).

Cuando el vehículo causante del accidente sea desconocido, será el Consorcio de Compensación de Seguros al que corresponderá asumir la cobertura del siniestro, si bien sólo en lo referente a los *daños corporales* sufridos (art. 8.°1.*a*).

[1] El propietario del vehículo queda relevado de la obligación de asegurar cuando el seguro es concertado por cualquier persona, que tenga interés en el aseguramiento, quien deberá expresar el concepto en que contrata (art. 2.°, p. 2.°, de la Ley).

[2] El asegurador o el Consorcio podrán repetir contra el conductor si se diese alguna de las causas que lo justifican, y desde luego, contra los autores, cómplices o encubridores del robo o hurto del vehículo (arts. 7.° y 8.° de la Ley).

II. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA NAVEGACION AEREA

Se encuentran regulados por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. El artículo 115 de esta Ley establece un sistema de responsabilidad objetiva para los siguientes tipos de daños: *a)* Los que sufran los viajeros a bordo de las aeronaves y por la acción de las mismas o como consecuencia de operaciones de embarque o desembarque; *b)* Los daños que experimenten los efectos o mercancías desde su entrega. El artículo 120 de la Ley dice que «la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño, y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia».

Se declaran también indemnizables por la Ley los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje (art 119).

Así pues, en la Ley de 1960 se acepta el sistema de responsabilidad objetiva para la indemnización del daño. Pero estas indemnizaciones son tasadas en el propio texto legal, en el sentido de que se fijan unos límites cuantitativos máximos por aeronave y accidente dentro de los que se hará efectiva aquella responsabilidad. De esta manera no se agrava la situación del responsable, como sucedería si se le impusiera la obligación de resarcir todo el daño, cualquiera que fuese su monto. Para evitar el que aquellas cuantías queden reducidas a la nada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se autoriza al Gobierno para que, por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, las modifique (Disposición final 2.ª de la Ley).

Si fueren varios los perjudicados y la suma global de las indemnizaciones excediere de la cantidad máxima de que responde la aeronave, se reducirá proporcionalmente la que haya de percibir cada uno (art. 119).

Para garantizar la percepción de la indemnización se arbitran las siguientes medidas:

1.ª Concesión de un privilegio a la indemnización debida por daños a las personas, pues gozarán de preferencia para el cobro, con respecto a cualquier otra exigible por el siniestro, si el responsable no alcanza a cubrirlas todas (art. 119).

2.ª La obligatoriedad de los seguros aéreos, que tienen por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afecta a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, *así como las responsabilidades derivadas de los daños causados a tercero por la aeronave en tierra, agua o vuelo* (arts. 126 y 127).

3.ª Consignación judicial de la indemnización por el seguro de la aeronave en caso de siniestro o pérdida de la misma, a fin de que se entregue a quien corresponda en caso de que aparecieren terceras personas con posible derecho a la expresada indemnización o se hubiese promovido reclamación judicial de preferencia sobre la misma (art. 129).

En materia de daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras se aplica el Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952, ratificado por España mediante instrumento de 24 de enero de 1957. Según su artículo 1.º: «La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a la reparación en las condiciones fijadas en este Convenio con sólo probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o de una cosa caída de la misma. Sin embargo, no habrá lugar a la reparación si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o si se deben al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo de conformidad con los reglamentos de tránsito aplicables.»

El Convenio se aplica a los daños definidos en el artículo 1.º, causados en el territorio de un Estado contratante por una aeronave matriculada en otro Estado contratante. A los fines del Convenio, todo buque o aeronave en alta mar se considera parte del territorio del Estado donde estén matriculados (art. 23).

Para mayor garantía de que los daños causados en la superficie española por aeronaves extranjeras serán indemnizados, el artículo 90 de la L.N.A. dispone que «ninguna aeronave extranjera será autorizada para volar sobre territorio español, sin tener garantizadas suficientemente las responsabilidades que pueda contraer por el sobrevuelo o por los contratos de transporte, con sujeción a la ley española».

Hasta aquí hemos vitos el desenvolvimiento fundamental del sistema de la responsabilidad objetiva en la L.N.A. Pero tampoco deja de tenerse en cuenta los supuestos en que el daño se produzca mediando culpa o negligencia.

Así, el artículo 123 determina, en caso de colisión entre aeronaves, que los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a terceros, pero si la colisión ocurre por culpa de la tripulación de una de ellas serán de cargo del empresario los daños y las pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada, o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave.

Otra sanción prevista, cuando interviene dolo o culpa grave en la acción u omisión que causa daños, es la del artículo 121: no se aplican los límites en las indemnizaciones que acompañan al sistema de la responsabilidad objetiva. Cuando el daño haya sido causado por los empleados habrá de probarse, además, que éstos obraban en el ejercicio de sus funciones.

Por último, se fija un plazo de seis meses, contados desde la fecha en que se produjo el daño, para la prescripción de todas las acciones para exigir el pago de indemnizaciones.

La sentencia de 10 de junio de 1988 puntualiza que en este brevísimo plazo de seis meses prescriben las indemnizaciones por responsabilidad objetiva. Pero, si se prueba la existencia de culpa en el operador[3], será exigible, *conforme a las normas comunes,* la responsabilidad que proceda (vid. también S. de 17 de julio de 1987).

III. EL RIESGO DE DAÑOS NUCLEARES

La Ley de 29 de abril de 1964 regula las responsabilidades por daños causados por la energía nuclear. Establece en el artículo 45: «El explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuenta con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley». Desde el punto de vista internacional, rige el Convenio de París de 29 de julio de 1960, con su complementario de 31 de enero de 1963 y protocolo de 28 de enero de 1964.

Así pues, la responsabilidad por daños nucleares se configura como una responsabilidad objetiva, debido al inmenso riesgo que nace del uso de sustancias capaces de producirlos. Esta responsabilidad será exigible únicamente en la forma y con los límites y condiciones marcadas en la Ley y en el Reglamento sobre Cobertura del Riesgo de Daños Nucleares, aprobado por Decreto de 22 de julio de 1967.

La responsabilidad por daños cesa:

1.º Cuando provengan directamente de conflicto armado, hostilidades, guerra civil, insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional[4].

2.º Cuando resulten de la aplicación de sustancias radiactivas a personas sometidas a tratamiento terapéutico.

3.º Cuando los padecieren en sus personas los empleados o dependientes del explotador, calificados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional con arreglo a los artículos 84 y 85 del texto articulado de la Ley de Seguridad Social.

4.º Cuando se ocasionan en la propia instalación nuclear o en los dispositivos que produzcan radiaciones ionizantes como consecuencia del accidente en los medios de transporte, y, en general, en los elementos patrimoniales, cualquiera que sea su titular, al servicio del explotador o de la instalación.

[3] Operador es el que usa la aeronave cuando se causan los daños, y quien, habiendo conferido directa o indirectamente el derecho a usar la aeronave, se ha reservado el control de la navegación; presumiéndose operador y responsable como tal al propietario inscrito en el Registro de Aeronaves (S. de 10 de junio de 1988).

[4] La Disposición final 1.ª del Reglamento de 1967 dice: «Compete al Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda y previo informe del Ministerio de Industria, calificar de catástrofe natural de carácter excepcional... los accidentes nucleares ocurridos que por sus circunstancias merezcan esta consideración.»

Los daños nucleares no indemnizables se regirán por las disposiciones de derecho común o especial que les fueren aplicables (arts. 45 Ley y 4.° y 5.° Reglamento).

Si en la producción del daño nuclear intervino culpa o negligencia del perjudicado, produciéndolo o contribuyendo al mismo, se *faculta* a los Tribunales para exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar los daños sufridos por esa persona (art. 45 Ley).

El sistema de responsabilidad objetiva también aquí está contrapesado por la limitación de las indemnizaciones. Como principio general se determina que la obligación de indemnizar se limita a trescientos millones de pesetas por accidente en cada instalación que tuviere el explotador en uso, cualquiera que fuere el número de perjudicados y la clase de daños nucleares que éstos padecieren (art. 16 Reglamento). El Estado arbitrará los medios necesarios para la indemnización de los daños *personales* inmediatos habidos en un accidente nuclear en cuanto excedieren de los límites de responsabilidad del explotador (art. 52 Ley; art. 66 Reglamento). Si los daños en el patrimonio exceden de dicho límite, «se procederá a un prorrateo con arreglo a la importancia del daño acaecido en cada patrimonio» [5].

Para garantizar la responsabilidad se determina que todo aquel que por razón de su actividad pueda ser declarado responsable de daños nucleares con arreglo a las disposiciones de la Ley y del Reglamento, estará obligado a constituir una garantía suficiente para responder del pago de las indemnizaciones que en caso de accidente le sean exigibles (art. 31 Reglamento) [6]. También se regula minuciosamente en el Reglamento de 1967 el Seguro de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

La acción para reclamar indemnización por daños nucleares corresponderá al propio perjudicado o a sus causahabientes, ya la ejerciten personalmente, ya por representación legal o voluntaria. Podrán también promoverla los

[5] Se admite una elevación automática de esta cifra a la cuantía que señalen los Convenios internacionales suscritos por España. También en el caso de tránsito de sustancias nucleares por el territorio nacional cuando el responsable extranjero perteneciere a un país cuya legislación señale para los explotadores mayor responsabilidad, salvo lo dispuesto en Convenios internacionales (art. 18 del Reglamento).

[6] Los artículos 59-63 del Reglamento regulan estas garantías, que consisten esencialmente en la constitución de un depósito en metálico y en moneda de curso legal en España, o en valores públicos del Estado español o en valores industriales o comerciales admitidos a cotización en las Bolsas españolas. El importe de este depósito no será inferior al límite de la responsabilidad exigida al explotador por un accidente nuclear.

También se admite la fianza, prestada con el carácter de solidaria, por un Banco oficial o privado y de cuantía equivalente al importe de la cobertura exigida.

En los casos de constitución de depósito en vàlores, o de fianza solidaria, el Ministerio de Hacienda tiene que calificar la suficiencia de la misma, es decir, los valores han de tener garantía suficiente, y la fianza solidaria bancaria podrá ser admitida o denegada libremente, según las circunstancias del caso.

terceros legitimados en virtud de cesión o subrogación en los derechos del perjudicado (art. 29 Reglamento).

Esta acción puede dirigirse contra el asegurador, porque queda obligado, según el artículo 40 del Reglamento, frente al perjudicado y sus causahabientes, en los mismos casos y términos en que lo estuviera el explotador (art. 40 Reglamento).

La acción se extingue por el transcurso del plazo de diez años, siempre que se reclamen indemnizaciones por daños inmediatos, y de veinte años si los daños son diferidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley (art. 30 Reglamento).

IV. LA RESPONSABILIDAD EN LA LEGISLACION DE CAZA

El artículo 33.5° de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 dice: «Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.» Se establece, pues, como principio general la responsabilidad objetiva atenuada *en el ejercicio de la caza,* puesto que cesa en los supuestos de culpa o negligencia del perjudicado o de fuerza mayor.

No obstante, aplicando la doctrina jurisprudencial acerca de la concurrencia de culpa del perjudicado, aunque no extinga la responsabilidad, sin embargo, aminora sus consecuencias.

De la fuerza mayor excluye el artículo 35.6.°, letra *a),* del Reglamento de la Ley de Caza, aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971, «los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones».

También se ocupa la Ley y el Reglamento de la cuestión de la falta de identificación del autor del daño causado *a las personas;* imponiendo entonces una responsabilidad solidaria a todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos, dice el artículo 35.6, letra *b),* del Reglamento: «Se consideran únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño.»

Para cubrir la obligación de indemnizar los *daños a las personas* deberá concertarse un contrato de seguro, sin que se pueda practicar la caza con armas sin la existencia de este contrato «en plenitud de efectos» (art. 52.1.° Reglamento). La cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro son fijadas legalmente, y el exceso sobre aquélla podrá ser cubierta por el seguro voluntario (de responsabilidad civil) (art. 52.3.° y 4.° Reglamento).

V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El Real Decreto-ley 3/1989, de 26 de enero, para la Protección de la Seguridad Ciudadana dispone en su artículo 7.° que «serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.° de este Real Decreto/ley», autorizando al Gobierno para determinar el alcance y condiciones de dicha indemnización, lo que se efectuó por Real Decreto de 5 de marzo de 1982.

Después, la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, sobre medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, declara resarcibles por el Estado los *daños corporales* causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades delictivas comprendidas en dicha Ley, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que la desarrollen (vid. R.D. de 28 de octubre de 1988, que regula los detalles de esta indemnización).

La responsabilidad del Estado es completamente objetiva, no dependiendo de la mayor o menor negligencia o fallo de los servicios públicos en la protección de la seguridad ciudadana.

VI. LA RESPONSABILIDAD EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, regula la responsabilidad civil con la que se pretende la protección de los consumidores o usuarios frente a los daños sufridos.

El artículo 25 dice que «el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que debe responder civilmente». Se enuncia un principio rígido de responsabilidad objetiva, salvo cuando se den las circunstancias que se enumeran. Sin embargo, deben considerarse tanto la fuerza mayor como el hecho de tercero, pues entonces el daño no está producido por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios.

Pero este principio de responsabilidad objetiva queda enormemente oscurecido en el artículo 26 de la Ley, al señalar a las personas responsables. Dispone que «las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás

cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad». En realidad aquí se parte del principio de la responsabilidad por culpa, si bien con una inversión de la carga de la prueba para favorecer al consumidor o usuario.

El artículo 27 especifica quién responde, y establece con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor en virtud de otras disposiciones:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza, finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de los productos a granel responde el tenedor de los mismos (minorista o detallista), sin perjuicio de que pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

Si a la producción de daños concurriesen varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación a la causación de los daños (art. 27.2).

El sistema de responsabilidad objetiva es claro para determinados bienes y servicios. Perceptúa el artículo 28 que se responderá de los daños originados en el *correcto uso y consumo* de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

A este régimen de responsabilidad se consideran sometidos los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos de motor y juguetes y productos dirigidos a los niños (art. 28.2).

Las responsabilidades derivadas del artículo 28 tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas, que será revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, el cual adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía, que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28 (art. 30).

Atención especial en esta materia de protección al consumidor o usuario hay que prestar a la Directiva de la Comunidad Europea de 25 de julio de 1985,

pues habrá de integrarse en nuestro Derecho interno. Su eje es la responsabilidad objetiva del fabricante por el daño causado por un defecto de su producto, salvo los casos que taxativamente enumeran los artículos 7.° y 8.°

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

DE ANGULO RODRÍGUEZ: *El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos,* A.D.C., 1974, p. 921; BATLLE: *Los daños causados por filtración o caída de aguas y el art. 1.910 del C.c.* «Anales de la Universidad de Murcia», curso 1962-63, núm. 1 (Derecho) p. 5; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores,* Madrid, 1987; BONET CORREA: *La responsabilidad en Derecho aéreo,* Madrid, 1963; BONET RAMÓN y BONET BONET: *Responsabilidad civil nuclear.* Estudios en honor de Castán: Pamplona, 1969, t. V. p. 51; CONDE PUMPIDO: *Las fuentes de la obligación civil de reparar el mal causado en la ley de 24 de diciembre de 1962.* Revista de Derecho de la Circulación, núm. 3, 1964, p. 145; *La nueva ordenación de las responsabilidades penal y civil en la circulación (ley de 24 de diciembre de 1962),* R.G.L.J., 1963, p. 183; DÍAZ VALCÁRCEL: *Aspectos sustantivos del proyecto de ley del Automóvil,* R.J.C., 1962, p. 751; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza,* A.D.C., 1973, p. 755; *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español,* 1972; FRAGUAS MASSIP: *Comentarios en torno a la Ley de circulación de vehículos de motor,* Valencia, 1963, p. 195; GARCÍA VALLES: *Contaminación y responsabilidad sin culpa,* R.J.C., 1977, p. 467; GAY DE MONTELLÁ: *El proceso de fijación de la responsabilidad civil derivada de energía atómica,* R.J.C., 1967, p. 845; GÓMEZ CALERO: *La responsabilidad objetiva en la nueva ley de automóvil,* R.D.P., 1965, p. 23; HERNÁNDEZ-GIL (A): *La responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962,* Rv. Pretor núm. 19, 1964, p. 87; MARTI: *La responsabilidad civil del automovilista en la ley de 24 de diciembre de 1962,* R.D. Mercantil, volumen XXXVII, 1964, p. 295; MARTÍNEZ PEREDA: *Sanciones y responsabilidades en materia de caza,* Madrid, 1972; PERA VERDAGUER: *La Ley del automóvil,* Barcelona, 1963 (antes Tarragona, 1962); PLA Y DANIEL: *Cuestiones de propiedad e indemnización de daños y perjuicios entre dueños de canteras colindantes,* R.J.C., 1895, p. 26; REYES MONTERREAL: *La responsabilidad civil en la nueva ley de accidentes de tráfico,* A.D.C., 1963, p. 701; *Comentarios a la ley de uso y circulación de vehículos de motor,* Madrid, 1965; RICO PÉREZ: *La responsabilidad civil del productor en el Derecho español,* R.D.P., 1978, p. 269; RODRÍGUEZ BUJAU: *Problemática jurídica de los daños de productos,* R.G.L.J., 1972, p. 593 (primer semestre): ROJO y FERNÁNDEZ RÍO: *La responsabilidad civil del fabricante,* Bolonia, 1974; SÁNCHEZ CALERO: *El sistema de responsabilidad civil en la ley de 24 de diciembre de 1962.* Coloquios sobre el Seguro Obligatorio del automóvil, S.E.A.I.D., primera ponencia, octubre 1963; SANTOS BRIZ: *Los daños recíprocos por colisión de vehículos,* R.D. Cir. n.° 4, 1967, p. 357; *La responsabilidad del fabricante frente a terceros en Derecho moderno.* Estudios en honor de Castán, Pamplona, 1969, t. II, p. 497; SEQUEIRA MARTÍN: *El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios,* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1986, p. 1.443; SOTO NIETO; *Responsabilidad civil derivada del tráfico automovilístico. Estructuras fundamentales de su nueva ordenación.* Estudios en honor de Castán, Pamplona, 1969, t. V, p. 587; *La responsabilidad civil en accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva.* Madrid, 1972.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS

AJA, E., y otros: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas.*
ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social* (3.ª ed.).
ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán).*
ALBIÑANA, C.: *Sistema tributario español y comparado.*
ALCÁNTARA SÁEZ, M.: *Sistemas políticos de América Latina.* Vol. I: América del Sur.
ALCÁNTARA SÁEZ, M.: *Sistemas políticos de América Latina.* Vol. II: México. Los países del Caribe y de Amér
Central.
ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social* (7.ª ed.).
ÁLVAREZ CONDE, E.: *El régimen político español* (4.ª ed.).
ARA PINILLA, I.: *Las transformaciones de los derechos humanos.*
ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.; CORDÓN MORENO, F., y DURÁN RIVACOBA, R.: *Temas de Derecho Civil foral navarro*
BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Curso de Ciencia de la Administración.* Vol. I (2.ª ed.).
BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho.* Vol. I: Principios del ordenamiento constitucional.
BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho.* Vol. II: Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómico
BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del Derecho.* Introducción a la filosofía jurídica (2.ª ed.).
BALLESTEROS, J. (ed.): *Derechos humanos.* Concepto, fundamentos, sujetos.
BASSIOUNI, M. Ch.: *Derecho Penal Internacional.* Proyecto de Código Penal Internacional.
BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: *Compendio de Derecho matrimonial canónico* (7.ª ed.).
BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo* (6.ª ed.).
BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil* (9.ª ed.).
BRUFAU PRATS, J.: *Teoría fundamental del Derecho* (4.ª ed.).
CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Casos prácticos de Derecho Administrativo* (3.ª ed.).
CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Manual de disciplina urbanística.*
CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público.* Introducción a su estructura, dinámica y funcion
CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado.* Introducción a sus problemas fundamentales (3.ª ed.).
CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en perspectiva histórica.*
CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio.*
CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento de los derechos humanos.*
CATALANO, N., y SCARPA, R.: *Principios de Derecho Comunitario.*
CAZORLA PRIETO, L. M. (Dir.), y otros: *Derecho del Deporte.*
CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español,* I (3.ª ed.).
CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español,* II.
CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal.*
CUÉTARA, J. M. de la: *La actividad de la Administración.* Lecciones de Derecho Administrativo.
DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (tomo I, 9.ª ed.; tomo II, 7.ª ed.).
DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (2 vols., 2.ª ed.).
DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil* (vol. I, 7.ª ed.; vol. II, 6.ª ed.; vols. III y I
6.ª ed.).
ECHEVARRÍA, J.: *Teoría del dinero y del comercio internacional* (2.ª ed.).
ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols., 9.ª ed.).
FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y otros: *Derecho español de la nacionalidad.*
FERRANDO BADÍA, J.: *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos.* El democrático, el soci
marxista y el autoritario (2.ª ed.).
FERRANDO BADÍA, J.: *El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico* (2.ª ed.).
FERRANDO BADÍA, J.: *El régimen de Franco.* Un enfoque político-jurídico.
FERRANDO BADÍA, J.: *Estudios de Ciencia Política y de Teoría Constitucional* (3.ª ed.).
FERRANDO BADÍA, J. (coord.), y otros: *Regímenes políticos actuales* (2.ª ed.).
FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia.*
FORNÉS, J.: *Derecho Matrimonial Canónico.*
GARCÍA VILLAREJO, A., y SALINAS SÁNCHEZ, J.: *Manual de Hacienda Pública general y de España.*
GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo.* Parte general (vol. I, 11.ª ed.; vol. II, 9.ª ed.).
GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal.*
GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso.*
GÓMEZ DEL CASTILLO, M. M., y UGALDE GONZÁLEZ, J. I.: *Procesos penales ordinarios y especiales.*
GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho Internacional Privado.* Materiales de prácticas.
GONZÁLEZ DELEITO, N.: *Tribunales constitucionales.* Organización y funcionamiento.
GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (comp.), y otros: *Autonomía y partidos políticos.*
GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El sistema institucional de las Comunidades Europeas.* De los Tratados constitutivos y el A
Única al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea.
HERA, A. de la: *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico.*
HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea* (2.ª ed.)